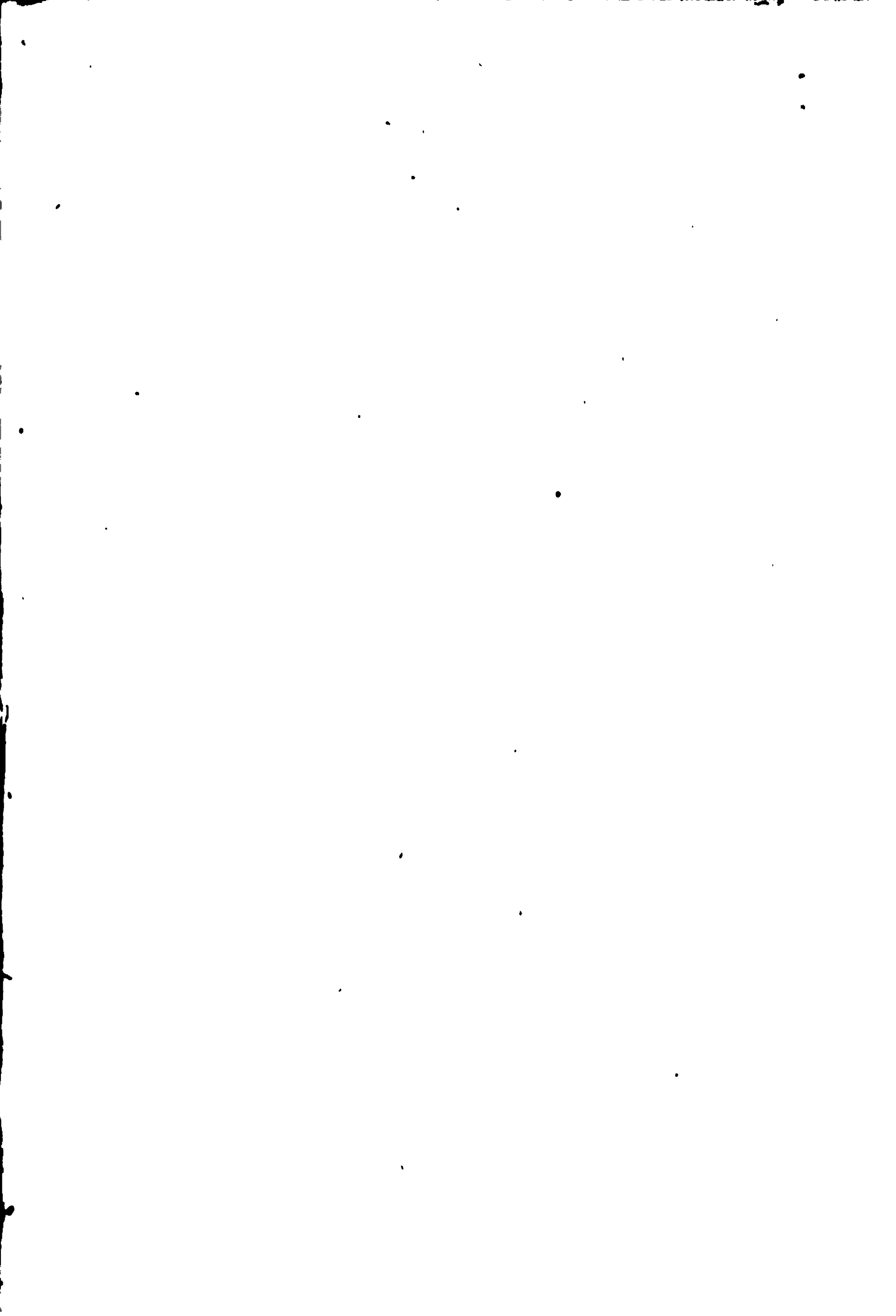

SIGILL: COLL: HARVARD: CANTAB: NOV: ANGL: 1650.
CHRISTO ET ECCLESIAE
BOUGHT WITH
THE INCOME FROM
THE BEQUEST OF
CHARLES MINOT,
OF SOMERVILLE,
(Class of 1828,)
6 June, 1874.





Jahrbücher

für die

Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts.

Herausgegeben

von

R. Ihering,
Geh. Justizrath und Professor zu Gießen.

Siebenter Band.

Jena,
Verlag von Friedrich Mauke.
1865.

1874, June 6.
Minot Fund.

Inhalt.

I.

Ein Beitrag zur Lehre von der Versteigerung.

Von

Dr. **Kindervater** in Stendal.

Eine eigenthümliche Art der Eingehung eines zweiseitigen Vertrags ist die öffentliche Versteigerung. Man versteht darunter eine Vertragsproposition an denjenigen, welcher die dem Proponenten günstigsten Bedingungen eingehen werde. In der Regel pflegt dies der Meistbietende zu sein wie beim Kauf, doch auch der Mindestfordernde wie beim Verdingen eines opus.

Bei den mannigfachen Vortheilen, welche dieser Modus des Contrahirens gewährte, konnte es nicht ausbleiben, daß einerseits die Anwendung der Versteigerung im heutigen Verkehrsleben immer häufiger geworden, andererseits aber auch der Gebrauch auf immer mehr Rechtsgeschäfte ausgedehnt ist. Hiernach muß die Frage nach der juristischen Natur der öffentlichen Versteigerung eine steigende praktische Bedeutung annehmen und es möchte daher vielleicht nicht unpassend erscheinen, hier jene alte Streitfrage: wann der im Wege der öffentlichen Versteigerung eingegangene Vertrag zur Perfection gelange, von Neuem einer Erörterung zu unterziehen. Bevor wir jedoch hierzu selbst gelangen, wollen wir einige wenige

geschichtliche Bemerkungen über die vom römischen Verkehrsleben bei der Versteigerung angewandten Formalitäten vorausschicken.

Schon in früher Zeit hat man in Rom von der Versteigerung bei Kaufverträgen Anwendung gemacht, um durch eine Concurrenz der Käufer den höchst möglichen Preis für die feilgebotene Waare zu erhalten. So finden wir die Versteigerung beim Verkauf der Beute, bei der Execution von Seiten des Staats gegen seine Bürger wegen Abgaben u. s. w., und vom Staate übertragen auch bei Executionen gegen Privatschuldner. Endlich wurden auch die bona damnatorum et proscriptorum öffentlich meistbietend verkauft. Das Eigenthümliche war, daß in allen diesen Fällen der Verkauf im Ganzen geschah, s. g. sectio [1]) und der Verkauf der einzelnen Vermögensstücke, die s. g. auctio [2]) erst später durch den s. g. sector erfolgte. Mit der Zeit wurde die öffentliche Versteigerung auch auf anderen Gebieten zur Anwendung gebracht, das Wort auctio aber blieb bezeichnend für alle öffentlichen Privatverkäufe [3]). Die Formalitäten, welche bei diesem Acte

1) Die alten Grammatiker leiten das Wort von sequi, sectari ab, so daß sectores gleich sectatores bonorum sind. Eine andere Ableitung ist von secare. Hiernach soll der Name sectores daher rühren, daß die Käufer einer Gütermasse dieselbe in der Regel durch Wiederverkauf in kleine Parzellen zerstückelten. Die römischen sectores würden daher in unsern heutigen „Hofschlächtern" ein Analogon finden. Eine dritte Meinung endlich bezieht das Wort sectio auf die Prozente, welche in Abzug gebracht werden sollten, da der Käufer auch die auf einem Vermögen haftenden Schulden mit übernehmen mußte.

2) reliqua constituta auctione vendebat. Cic. pro Rosc. Am. §. 23.

3) Nach römischem Sprachgebrauche bildet das Wort auctio den Gegensatz zur subhastatio, d. h. dem öffentlichen Verkauf unter Autorität des Staats. Daher sagt Cic. Agr. I, 1, 2: proscribit auctionem publicorum bonorum — auctionem populi Romani proscriptam a

beobachtet zu werden pflegten, stimmen im Großen und Ganzen mit denen überein, welche noch heute bei uns in Geltung sind. Zunächst nämlich wurde eine proscriptio erlassen, s. g. tabulae auctionariae, welche in der Regel zugleich eine nähere Beschreibung der zum Verkauf zu stellenden Gegenstände enthielten. Handelte es sich zum Beispiel um den Verkauf ländlicher Grundstücke, so wurde in den tabulae auctionariae die Größe und Lage der Aecker sowie die Fruchtart, welche auf ihnen gebaut wurde, näher beschrieben[4]). Und dem Zwecke der Versteigerung gemäß eine möglichst große Anzahl von Kauflustigen herbeizuziehen, wurde diese proscriptio an den besuchtesten Plätzen Roms wie auf dem Forum, bei der Statue des Jupiter Stator angeschlagen[5]). Zugleich wurden Zeit und Ort der Auction angegeben. Dieselbe nahm damit ihren Anfang, daß ein praeco die Verkaufsgegenstände ausbot (pretium conficere), während ein argentarius ein Protocoll über den Hergang bei der Versteigerung führte. In der Nähe der Buden der argentarii nämlich pflegten die Auctionen abgehalten zu werden, wie denn auch denselben das Geschäft oblag, den Kaufpreis von den Käufern einzutreiben, falls dieser nicht, wie es gewöhnlich der Fall war, sofort in vollgültiger Münze ausgezahlt werden mußte.

Der Verlauf einer Versteigerung in Rom ließe sich leicht bis in die kleinsten Details nachweisen, da unsere Quellen uns hierzu ein hinreichendes Material gewähren; allein ein weiteres Eingehen hierauf liegt außer dem Bereiche unserer Aufgabe, die vorzüglich auf die Darlegung des juristischen

---

tribuno plebis. Heutiges Tages versteht man unter subhastatio die Versteigerung von Immobilien, unter auctio die von Mobilien.

4) Cic. de lege Agr. or. II ed. Or. vol. II P. I. p. 554.

5) Cic. de offic. II c. 23. Philipp. II c. 26.

Charakters der Versteigerung gerichtet ist. In dieser Beziehung lassen uns aber unsere Quellen gänzlich im Stich, indem sie keine Andeutung über die juristische Natur der Versteigerung, sondern nur eine Aufzählung von einzelnen Fällen enthalten, in welcher die Anwendung derselben gesetzlich vorgeschrieben wird[6]). Bei dieser Sachlage kann es wenig befremden, daß die Ansichten unserer Juristen nach verschiedenen Seiten aus einander gehen. Während die einen ohne einen quellenmäßigen Anhalt sich in den verschiedensten Constructionen versuchten, forschten die andern dagegen in den Quellen nach einem analogen Rechtsgebilde und schätzten sich glücklich, als sie dies in der addictio in diem gefunden zu haben wähnten. Allein dieser Fund ist kein guter zu nennen, denn grade das Bestreben, die Versteigerung gewaltsam den Regeln der ihr in Wahrheit ganz fremden addictio in diem unterzuordnen, hat hauptsächlich dazu beigetragen, das wahre Wesen derselben zu verdunkeln. Die Versteigerung ist eine besondere Art des Contrahirens, die sich jedoch von anderen Arten der Vertragsabschließung nur durch thatsächliche, nicht auch durch juristische Momente unterscheidet, so daß es keinem Bedenken unterliegen kann, die allgemeinen Grundsätze von der Eingehung eines Vertrags auch hier zur Anwendung zu bringen. Diese Annahme wird durch den Stand unserer Quellen nicht unbedeutend unterstützt, da ihr Stillschweigen über die juristische Natur der Versteigerung kaum erklärlich wäre, wenn sie derselben einen singulären Charakter beigelegt hätten. Bei der Behandlung unserer Frage selbst erscheint es nothwendig, das römische und heutige Recht

---

6) C. 2, 3 C. de ex. rei jud. (7, 53), C. 2 C. si in causa jud. (8, 23) C. 1, 2 de fide et jure hast. fisc. (10, 3) Nov. 120 c. 6, §. 2 C. 3 C. de loc. praed. civ. (11, 70) Vergl. Seuffert, Dissert. de auctione Mora. 1854. p. 6.

von einander zu trennen, da unter dem Einfluß des deutschen Rechts die Grundsätze des letzteren über die Eingehung von Verträgen von denen des ersteren theilweis abweichen.

Wenn Jemand in einer öffentlichen Aufforderung erklärt, daß er mit demjenigen einen Vertrag abschließen wolle, welcher sich bis zu einer gewissen Zeit zu den besten Bedingungen erbieten werde, so z. B. wenn es sich um den Verkauf einer Sache handelt, wer bis 6 Uhr Abends das höchste Gebot abgeben werde, so ist dies die Proposition eines Vertrags, gerichtet an personae incertae. Das Eigenthümliche dieser Proposition ist, daß der Proponent dieselbe nicht an eine, sondern an eine unbestimmte Anzahl von Personen richtet und daß sowohl Käufer wie Kaufpreis noch unbestimmt sind und erst durch einen äußeren Umstand, im vorliegenden Falle durch das höchste Gebot bestimmt werden sollen. Es fragt sich hier zunächst, ob diese Aufforderung des Verkäufers an das kauflustige Publicum als eine Offerte anzusehen sei, welche nur der Acceptation von Seiten irgend eines Kauflustigen bedarf, um zu einem rechtsverbindlichen Vertrage zu führen oder nur als eine Proposition, Offerten zu machen, so daß die einzelnen Gebote der Kauflustigen als Offerten anzusehen sind, welche noch der besonderen Acceptation des Proponenten bedürfen, um den Vertrag perfect zu machen?

Das römische Recht gestattet es nicht, mit einer persona incerta zu contrahiren, denn wie Julianus sagt: si ita stipuletur: Titio decem, aut Maevio fundum dare spondes? quia incertum est, utri eorum acquisierit actionem, idcirco inutilis stipulatio existimanda est[7]). Nur in zwei Fällen, auf dem Gebiete des Eigenthums und des Erbrechts, hat dasselbe eine Ausnahme zugelassen und dem practischen Be-

---

7) l. 10 D. de serv. stip. (45, 3); l. 21 eod.

dürfnisse des Lebens gegenüber Etwas von seiner strengen Consequenz aufgeopfert. Dort zeigt sich dies bei der Tradition, hier bei der Zuwendung von Legaten an personae incertae. Was dagegen das Obligationenrecht betrifft, so haben die Römer hier streng an dem alten Rechtssatze festgehalten und dem Verkehre keine Concessionen irgend einer Art gemacht. Wenden wir dies auf die öffentliche Versteigerung an, so ist es klar, daß, wenn man die Ankündigung des Proponenten als eine Offerte an das kauflustige Publicum ansehen wollte, diese selbst im Falle der Acceptation dennoch nicht zu einem rechtsverbindlichen Vertrage führen kann, da sie an eine persona incerta gerichtet ist. Die Römer müssen daher entweder auch hier eine Ausnahme anerkannt oder die Versteigerung selbst in anderer Weise aufgefaßt haben. Für die erste Annahme fehlt es uns an jedem Beweise, so daß wir nothwendig zur zweiten kommen müssen. Es liegt aber auch nicht allzu fern, den Vertragsabschluß bei der Versteigerung in anderer Weise juristisch zu construiren. Statt nämlich die Ankündigung des Proponenten als eine Offerte an das kauflustige Publicum aufzufassen, muß man dieselbe nur als eine Aufforderung, Offerten zu machen, ansehen. Diese Proposition zur Abgabe von Offerten ist freilich auch an personae incertae gerichtet; allein sobald Jemand ein Gebot schlägt und somit dem Proponenten eine Offerte macht, tritt er eben hierdurch aus dem Kreise der personae incertae heraus. Jetzt sind zwei bestimmte Contrahenten vorhanden und es bedarf nur noch der Acceptation des Proponenten, um den Vertrag perfect zu machen. Die Acceptation aber wird durch den Zuschlag angedeutet, welcher gewöhnlich symbolisch ausgedrükt wird.

Aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen ergiebt sich somit der Zuschlag als der Moment des Vertragsabschlusses bei der Versteigerung. Eine Anerkennung findet diese Auffassung aber

auch in einer Stelle des Ulpian, welcher sich dahin ausspricht: si post addictum pignus aliqua controversia emtori moveatur, an sit cognitio ejusdem judicis, qui sententiam executus fuerit, videndum est; et quum semel emtio perfecta sit, ejusque, qui comparavit, periculum vertatur, non puto locum esse cognitioni[8]). Ulpian spricht es hier mit deutlichen Worten aus, daß der Kaufvertrag durch den Zuschlag die Perfection erlange und nur, wenn man von vornherein von der entgegengesetzten Ansicht befangen an diese Stelle herantritt, ist es möglich, den wahren Sinn derselben zu verkennen.

Durch die Ankündigung an sich ist der Proponent noch nicht gebunden, er ist vielmehr berechtigt, dieselbe jeder Zeit wieder zurückzuziehen, wie dies bereits von Cicero ausgesprochen wird: quodsi laxius volent proferre diem, proferunt, vel biduum vel triduum vel, ut videbitur, nihil enim interest[9]). Aber auch wenn der Termin der öffentlichen Versteigerung bereits erschienen ist und Gebote von den Kauflustigen abgegeben sind, steht es dem Proponenten immer noch frei, die öffentliche Versteigerung wieder aufzuheben, ohne daß vielleicht der, welcher das höchste Gebot abgegeben hat, berechtigt würde, auf Erfüllung oder Schadensersatz zu klagen; denn jedes Gebot ist nur eine Offerte, welche nicht eher rechtliche Wirkungen zu äußern im Stande ist, als bis sie von der andern Seite acceptirt wird.

Muß man hiernach dem Proponenten ein freies Rücktrittsrecht bis zum Zuschlage gestatten, so fragt es sich, ob man dasselbe auch dem Bieter zugestehen muß. Viele Juristen sind dieser Ansicht, indem sie dabei von der Erwägung ausgehen, daß es einem Jeden freistehe, seine Offerte vor der

---

8) l. 15, 56 D. de re jud. (42, 1).

9) ad. Attic. XIII, 14.

Acceptation von Seiten des andern Contrahenten zu wiederrufen. Würde diese Ansicht die richtige sein, so wäre in den meisten Fällen der Zweck der öffentlichen Versteigerung verfehlt; denn der Proponent, welcher gleichsam durch einen Wettkampf der Kauflustigen den höchsten Preis für seine Waare zu erzielen sucht, würde die ganze Auction vergeblich angestellt haben, wenn der Meistbietende nach seinem Belieben seine Offerte wiederrufen dürfte. Der Proponent würde auf diese Weise schließlich gar keinen Käufer haben, denn die früheren Bieter sind durch das höhere Gebot des nächstfolgenden von ihrer Offerte frei geworden und dieser würde es durch seinen Wiederruf werden. Auch kann man dem Versteigerer nicht zumuthen, sofort das Meistgebot zu acceptiren, um sich vor einem Wiederrufe desselben zu schützen, denn hierdurch würde er grade des ganzen Vortheils, den die Versteigerung bieten soll, verlustig gehen. Will man also nicht den ganzen Zweck der Versteigerung vernichten, so muß man dem Bieter das Rücktrittsrecht von seiner Offerte versagen. Natürlich darf aber der Versteigerer seine Erklärung über die Annahme des Gebots nicht über die für die Versteigerung selbst festgesetzte Zeit hinaus verschieben. In diesem Falle würde der Bieter von seiner Offerte frei sein. Um unsere Ansicht juristisch zu begründen, muß man sich zunächst vergegenwärtigen, daß es sehr wohl möglich ist, daß von zwei Contrahenten nur der eine sich durch eine bestimmte Offerte binden will, während es dem Gutbefinden des andern überlassen bleiben soll, dieselbe zu acceptiren oder nicht. Hier ist ein ungleicher Vertrag vorhanden und bedarf es noch der Erklärung des Promissars, um denselben zu einem beide Contrahenten bindenden Vertrage zu erheben. Gestattet ist es dabei natürlich dem Promittenten, seinem Versprechen auch Bedingungen beizufügen, die bald casualer bald auch von Seiten des Promissars

potestativer Natur sein können[10]). Ein solcher ungleicher Vertrag liegt auch in unserem Falle vor. Der Bieter giebt das bestimmte Versprechen, die von dem Proponenten öffentlich ausgebotene Waare für einen bestimmten Preis zu kaufen, falls nicht ein Anderer ein besseres Gebot abgiebt und falls der Proponent seine Einwilligung bis zu einer bestimmten Zeit erklärt. Es sind also dem Versprechen des Offerenten zwei Bedingungen beigefügt, von denen die eine casualer die andere potestativer Natur ist. Es folgt hieraus, daß, wenn der erste Bieter überboten wird, er dadurch von seinem Versprechen befreit ist sowie daß er das Recht hat, seine Offerte zu wiederrufen, sobald der Proponent dieselbe in der bestimmten Zeit nicht acceptirt. Dagegen kann der Meistbietende den Versteigerer nicht anhalten, ihm nach Verlauf der bestimmten Zeit den Zuschlag zu ertheilen; ihm steht vielmehr nur das Recht zu, von der dem Proponenten gegebenen Offerte zurückzutreten. Ertheilt er aber dem Meistbietenden den Zuschlag, so führt er dadurch die rechtliche Wirkung und Klagbarkeit des ihm gegebenen Versprechens herbei.

Als Resultat unserer Untersuchung ergiebt sich somit für das römische Recht, daß der im Wege der Versteigerung eingegangene Vertrag erst durch den Zuschlag perfect wird und daß der Proponent bis zu diesem Moment die ganze Versteigerung aufgeben kann, während der Offerent in Folge seines Meistgebots so lange gebunden erscheint, bis entweder ein besseres Gebot erfolgt oder der Proponent in der festgesetzten Zeit seine Offerte nicht acceptirt.

Was dagegen unser heutiges Recht betrifft, so tritt nach den Grundsätzen desselben der Zeitpunkt der Perfection des im Wege der Versteigerung eingegangenen Vertrages nicht mit

---

10) Treitschke, Kaufcontract S. 107.

dem Zuschlage, sondern bereits mit der Abgabe eines Gebots ein. Der Grund hiervon ist in dem Umstande zu erblicken, daß die Regeln des heutigen Rechts über den Vertragsabschluß mit einer persona incerta von denen des römischen Rechts vollständig abweichen. Denn nach den letzteren ist die Eingehung eines Rechtsgeschäfts mit einer persona incerta unzulässig, nach den ersteren dagegen gültig, so daß es keinem Bedenken unterliegen kann, daß eine an eine persona incerta gerichtete Offerte, sobald sie nur gehörig acceptirt wird, zu einem rechtsverbindlichen Vertrage führt. So kann es z. B. nicht zweifelhaft sein, daß, wenn Jemand bekannt macht, eine bestimmte Waare für einen bestimmten Preis verkaufen zu wollen, der Kaufvertrag für abgeschlossen zu erachten ist, sobald ein Kauflustiger die Erklärung abgiebt, daß er diese Waare für diesen Preis kaufen wolle. Dasselbe muß von der öffentlichen Versteigerung gelten nur mit der Maßregel, daß hier die Person des Käufers sowie das Kaufpretium erst durch einen äußeren Umstand, nämlich durch das Meistgebot bestimmt werden sollen, was jedoch juristisch ohne allen weiteren Einfluß ist. Erklärt daher Jemand, daß er eine bestimmte Sache an denjenigen verkaufen wolle, der bis zu einer bestimmten Zeit das höchste Gebot abgeben werde, so ist dies zwar eine in personam incertam gerichtete, aber nach heutigem Rechte dennoch gültige Offerte, welche nur der Acceptation von der andern Seite bedarf, um zu einem gültigen Kaufvertrage zu werden. Wer nun auf die Offerte eingehend ein Gebot schlägt, acceptirt damit dieselbe und der Contract ist perfect geworden; jedoch ist derselbe unter der Bedingung abgeschlossen, wenn bis zu der festgesetzten Zeit ein besseres Gebot nicht abgegeben werde. Ob diese Bedingung eine suspensive oder resolutive sei, ist bestritten; in der Regel jedoch wird das Erstere anzunehmen sein, da die Absicht der Contra-

henten bei der öffentlichen Versteigerung dahin zu gehen pflegt, daß die Wirksamkeit des Vertrages erst dann beginnen solle, wenn binnen der festgesetzten Zeit kein besseres Gebot erfolgen sollte. Nur wenn ausdrücklich ausbedungen wäre, daß der sofort zu erfüllende Kauf beim Eintritt jener Bedingung wieder aufgelöst werden sollte, würde dieselbe als eine resolutive anzusehen sein. So lange die Bedingung schwebt, sind beide Theile an den Vertrag gebunden, so daß keiner zurücktreten darf. Tritt dagegen die Bedingung ein, so wird der Bieter frei, während der Versteigerer zugleich mit dem nächsten Bieter unter derselben Bedingung einen neuen Vertrag eingeht. Beim Nichteintritt der Bedingung wird der Vertrag mit Ablauf der festgesetzten Zeit perfect. Sollte der Versteigerer das Eintreten der Bedingung verhindern, indem er z. B. den Verkaufsgegenstand zurückzöge, ohne abzuwarten, ob bis zu der bestimmten Zeit noch ein höheres Gebot geschlagen würde, so wäre dies so anzusehen, als ob die Bedingung wirklich eingetreten sei, und der Bieter könnte daher auf Erfüllung des Vertrags klagen.

Diesen Vorbehalt des besseren Käufers pflegen unsere Juristen für eine addictio in diem zu halten. Der einzige Unterschied soll nur der sein, daß, während sonst die addictio in diem nur als zu Gunsten des Verkäufers, hier auch als zu Gunsten des Käufers hinzugefügt erachtet wird. Der Vertrag soll mithin zu Gunsten beider Theile aufgelöst werden. So sagt Puchta[11]): „Erfolgt ein höheres Gebot, so wird dadurch der Vertrag resolvirt, es hängt nicht von dem Willen des Proponenten ab, das bessere Gebot zuzulassen. (Hierdurch unterscheidet sich der Vertrag von der gewöhnlichen addictio in diem, welche im Zweifel nur den Verkäufer berechtigt.)" Allein nicht hierauf beruht der Unterschied zwischen der Ver-

---

11) Vorlesungen Bd. 2 S. 71.

steigerung und der in diem addictio, beide sind vielmehr juristisch wesentlich von einander verschieden. Es ist auffallend, daß Juristen wie Puchta diese Verschiedenheit entgangen ist, daß er selbst von dem allgemeinen Strome sich hat leiten und sich dadurch zu einem Widerspruche mit seiner eigenen Ansicht hat verführen lassen. Denn Puchta ist der ganz richtigen Meinung, daß durch ein Gebot das intendirte Geschäft zwischen dem Bietenden und Proponenten abgeschlossen werde, aber unter der Bedingung, wenn sich innerhalb der festgesetzten Zeit kein besser Bietender finden werde. Diese Bedingung soll nun eine zu Gunsten beider Contrahenden hinzugefügte addictio in diem sein. Der Bieter also wird, sobald ein besseres Gebot abgegeben ist, frei, ebenso auch der Proponent, denn Ulpian sagt ausdrücklich: quid tamen, si hoc erat nominatim actum, ut liceret resilire emtori meliore conditione allata? Dicendum erit, dissolutam priorem emtionem, etiamsi venditor sequentem non admittat [12]. Aber nach Puchta's Ansicht von der Versteigerung muß nothwendig das Gegentheil stattfinden; denn wenn durch das Gebot der Vertrag perfect wird, so bewirkt das höhere Gebot nicht allein, daß der Vertrag mit dem zunächst vorhergehenden Bieter aufgelöst wird, sondern auch daß in demselben Augenblicke mit dem besser Bietenden ein neuer Vertrag zum Abschluß kommt. Dies ist die nothwendige und ganz richtige Consequenz der Puchta'schen Ansicht, die aber mit den Grundsätzen der addictio in diem nicht in Einklang zu setzen ist. Indem Puchta also die Versteigerung und die addictio in diem identificirt, stellt er sich dadurch in einen Widerspruch mit seiner eigenen Ansicht. Wir wollen nunmehr nachweisen, worauf der Unterschied zwischen diesen beiden anscheinend ganz gleichen Rechtsgebilden beruht.

---

12) l. 9 D. de add. in diem (18, 2).

Die addictio in diem ist, wie bekannt, die einem Kaufvertrage zugefügte Nebenverabredung, wodurch die Existenz desselben davon abhängig gemacht wird, daß bis zu einem gewissen Zeitpuncte ein besseres Gebot von einem anderen Kauflustigen nicht abgegeben werde. Erfolgt ein solches Gebot, so ist dasselbe als eine Offerte zu betrachten, welche der Kauflustige dem Verkäufer macht; soll ein gültiger Vertrag entstehen, so ist dazu zunächst die Acceptation desselben erforderlich. Ob er diese ertheilen will, steht natürlich in seinem Belieben. Was nun den Vertrag mit dem ersten Bieter betrifft, so könnte der Eintritt der Bedingung die Auflösung desselben bewirken. Allein die Römer haben hier eine andere Bestimmung getroffen. Sie sehen die addictio in diem als nur zu Gunsten des Verkäufers hinzugefügt an und folgern daraus, daß der Käufer selbst nach Eintritt der Bedingung noch gebunden bleibt, während es dem Verkäufer ganz freisteht, entweder mit dem zweiten oder auch noch mit dem ersten Bieter den Vertrag abzuschließen. Ganz anders verhält sich die Sache bei der öffentlichen Versteigerung. Denn hier ist das Gebot, wie wir bereits oben ausgeführt haben, eine Acceptation auf die Offerte des Proponenten; beide, Proponent und Bieter, sind also im Augenblicke des Gebots gebunden; der Bieter wird aber durch ein besseres Gebot frei, der Proponent dagegen wird von Neuem gebunden. Bei der Versteigerung also vernichtet das bessere Gebot den einen Vertrag und erzeugt zugleich in demselben Momente einen andern; bei der addictio in diem dagegen tritt zwar das Erstere, aber nicht auch das Letztere ein.

Das unterscheidende Moment zwischen der addictio in diem und der Versteigerung liegt also nicht darin, daß jene im Zweifel nur den Verkäufer, diese auch den Käufer berechtigt, sondern in der Verschiedenheit des Abschlusses beider

Verträge. Die Anhänger jener Ansicht haben aber außer jenem Differenzpuncte noch verschiedene andere anerkennen müssen, da sie sich der Erkenntniß nicht haben verschließen können, daß viele von der addictio in diem geltenden Bestimmungen einen völlig singulären Charakter haben und mit den allgemein anerkannten Grundsätzen von der Versteigerung in völligem Widerspruch stehen. So gilt z. B. bei der addictio in diem nicht allein ein höherer Preis als ein besseres Gebot, sondern auch eine frühere Zahlung, ein gelegenerer Zahlungsort, der Erlaß der Gewähr für Mängel und Entwährung, kurz und gut Alles quidquid ad utilitatem venditoris pertinet [13]). Bei der Versteigerung dagegen wird nur ein höherer Preis als melior conditio angesehen. Ferner hat der erste Käufer ein Vorkaufsrecht, so daß mit ihm der Vertrag eingegangen werden muß, wenn er sich zu denselben Bedingungen wie der zweite Käufer erbietet. Ein solches Vorkaufsrecht kommt bei der Versteigerung nicht vor. Allein trotz alle dem haben sich unsere Juristen durch die thatsächliche Aehnlichkeit der addictio in diem und der Versteigerung zu einer juristischen Identificirung beider verleiten lassen und sind dadurch von einer selbstständigen Behandlung der Versteigerung abgehalten worden, was zu einer völligen Verkennung der juristischen Natur derselben geführt hat.

Hat sich somit als Resultat unserer Untersuchung ergeben, daß der Vertrag bei der Versteigerung mit der Abgabe eines Gebots als abgeschlossen zu betrachten ist, so ist hier noch die Frage zu beantworten, welche rechtliche Bedeutung dem Zuschlage zuzuschreiben sei. Dieselbe ist im heutigen Rechte eine andere als im römischen; denn während nach den Grundsätzen des letzteren der Zuschlag die Acceptation der

---

13) l. 4 §. 56 u. l. 5 D. de in diem add. (18, 2).

vom Kauflustigen gemachten Offerte bezeichnet, bedeutet derselbe nach den Grundsätzen des ersteren den Eintritt der dem Vertrage zugefügten Bedingung. Das bis dahin bedingte Geschäft verwandelt sich nunmehr in ein unbedingtes, und damit treten zugleich Käufer und Kaufpreis aus der früheren Unbestimmtheit heraus. Der Zuschlag ist jedoch kein nothwendiges Requisit der öffentlichen Versteigerung. Es genügt vollkommen, wenn nur eine bestimmte Zeit angegeben ist, bis zu welcher die Abgabe von Geboten gestattet sein soll. Wer bis zu diesem Zeitpuncte das höchste Gebot abgegeben hat, ist Käufer geworden. Sitte und Gewohnheit haben hier die verschiedenartigsten Gebräuche hervorgerufen. So ist es z. B. bekannt, daß man sich an vielen Orten bei Versteigerungen einer brennenden Kerze bedient und das Erlöschen derselben als Endtermin zum Bieten ansieht.

Die Grundsätze, die wir soeben für unser heutiges Recht entwickelt haben, können jedoch nur in dem Falle zur Anwendung kommen, wenn der Proponent erklärt, mit demjenigen einen Vertrag eingehen zu wollen, welcher bis zu einer bestimmten Zeit das beste Gebot abgeben werde. Andere Grundsätze dagegen müssen eintreten, wenn der Verkäufer nur eine Proposition zur Abgabe von Offerten an das Publicum macht. Denn mit Recht bemerkt Puchta: Eine solche Aufforderung hat so lange gar keine bestimmte Verbindlichkeiten zur Folge, bis mit einem der Vertrag wirklich abgeschlossen ist. Auch wenn Jemand bestimmter sich dahin erklärte, er werde dies Geschäft mit dem vortheilhaftesten Proponenten abschließen, so liegt auch darin noch kein verbindlicher Act. Dies ist der Fall, wenn gar kein Termin gesetzt ist. Aber auch, wenn ein solcher bestimmt wäre, dieser jedoch nur die Absicht hätte, die Anerbietungen zu beschleunigen, so tritt dasselbe ein. Für diese Fälle ist die Ansicht, daß die

Verhandlungen bis zur definitiven Annahme bloße Tractate sind, die richtige, so daß also keine Verbindlichkeit irgend einer Art, auch nicht ein pactum de contrahendo angenommen werden kann. Diese Fälle können aber nicht unter den Begriff der Versteigerung gebracht werden[14])." Dieser Unterscheidung läßt sich ihre Bedeutung und Wahrheit für das heutige Recht nicht absprechen; allein ein Irrthum würde es sein, wollten wir dieselbe auch auf das römische Recht übertragen, und wir können deßhalb der Puchta'schen Distinction eine volle Anerkennung nicht schenken. Denn nach unsern obigen Ausführungen bewegen sich die Verhandlungen nach römischen Grundsätzen stets nur im Kreise der Tractate, mag nun der Vertrag bestimmt dem proponirt sein, welcher bis zu einer gewissen Zeit zu den besten Bedingungen sich erklären würde, oder mag nur eine Ankündigung, daß man ein Geschäft eingehen wolle, und die Aufforderung an das betreffende Publicum erlassen sein. Denn auch im erstern Fall wird eine Verbindlichkeit nur dann begründet und der Vertrag zur Perfection gebracht, wenn der Proponent die Offerte des Kauflustigen bestimmt acceptirt hat.

Nachdem wir somit die juristische Natur der öffentlichen Versteigerung im römischen und heutigen gemeinen Rechte darzulegen versucht haben, möge es uns am Schlusse noch gestattet sein, einen Blick auf das preußische Recht zu werfen. Dasselbe enthält jedoch keine näheren Bestimmungen über die Versteigerung, so daß wir hier auf denselben Weg verwiesen werden, nämlich das Wesen derselben aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu entwickeln. Die einzige gesetzliche Bestimmung, die jedoch für die wissenschaftliche Beurtheilung von ganz untergeordneter Bedeutung ist, findet sich in einem Rescripte des

14) a. a. O. S. 71.

Staatsraths vom 20. Juni 1795, welches also lautet: „Soll es Privatis sowohl als Piis corporibus nach wie vor freistehen, ohne Rücksicht auf die Größe und Quantität des Objects bei vorhandenen Privatverkäufen und Verheuerungen die etwaigen Liebhaber zusammenzuberufen und unter den dabei sich meldenden eine Privatlicitation zu veranlassen“ [15]). Es enthalten freilich sowohl das allgemeine Landrecht [16]) als auch die allgemeine Gerichtsordnung [17]) und die Verordnung II. vom 4. März 1834 mehrfache Bestimmungen über die öffentliche Versteigerung, doch beziehen sich diese in specie auf die nothwendige, die unter richterlicher Auctorität geleitete freiwillige Subhastation und die gerichtliche Auction, allein dieselben haben einen singulären Charakter und lassen daher keine analoge Anwendung auf Privatversteigerungen zu.

Nach der im allgemeinen Landrecht vertretenen Auffassung der obligatio kann es keinem Bedenken unterliegen, daß eine an eine persona incerta gerichtete Offerte den Offerenten verbindlich macht, sobald dieselbe rechtzeitig acceptirt wird. Es tritt hier dieselbe Anschauung hervor wie im heutigen gemeinen Rechte; auch nach preußischem Rechte gehört das Contrahiren mit personae incertae nicht mehr zu den juristischen Unmöglichkeiten. Wenn auch dieser Grundsatz im Landrechte nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, so setzen doch einzelne Anwendungen desselben seine Richtigkeit und Gültigkeit außer allem Zweifel. Eine derartige Anwendung findet sich bei der Auslobung, indem das allgemeine Landrecht I, 11 §§. 988, 989 bestimmt:

„Auf nützliche Geistesarbeiten oder gemeinnützige körper-

15) N. C. C. Tom. IX p. 2597.
16) I, 11 § 340 folg. I, 20 § 200.
17) I, 52.

liche Fähigkeiten oder Unternehmungen öffentliche Belohnungen auszusetzen, ist einem Jeden erlaubt."

„Wer dergleichen Prämien aussetzt, kann sein Versprechen vor dem Ablaufe der bestimmten Zeit nicht zurücknehmen."

Auch hier liegt eine an personae incertae gerichtete Offerte vor, die aber trotzdem rechtliche Wirkung hat, indem sie nicht nur gehörig acceptirt zu einem gültigen Vertrage führt, sondern den Offerenten selbst im Falle des Wiederrufs verpflichtet, alle Diejenigen für ihre Verwendungen zu entschädigen, welche sich in Folge seiner Offerte auf dieselbe eingelassen haben. Hieraus leuchtet die Richtigkeit des von uns aufgestellten Grundsatzes ein, und wir können kein Bedenken tragen, denselben auch auf die Versteigerung zur Anwendung zu bringen. Es wird daher auch im preußischen Rechte die Erklärung, daß Jemand mit dem einen Vertrag eingehen wolle, der bis zu einer bestimmten Zeit sich zu den vortheilhaftesten Bedingungen erbieten würde, für eine gültige Offerte anzusehen sein, welche durch Abgabe eines Gebots unter der Bedingung acceptirt wird, wenn bis zu der festgesetzten Zeit ein besseres Gebot nicht abgegeben werden sollte. Also auch hier gelangt der Vertrag durch Abgabe eines Gebots zur Perfection. In gleicher Weise ist die dem Vertrage zugefügte Bedingung nicht mit dem Vorbehalt eines besseren Käufers zu identificiren, wie dies die hievon handelnden §§ 272—294 I, 11 des allgemeinen Landrechts auf das Deutlichste ergeben. Dieselben Gründe, welche wir oben für das heutige gemeine Recht des Weiteren aus einander gesetzt haben, kommen auch hier zur Geltung.

Stimmen sonach also die Grundsätze des heutigen gemeinen und des preußischen Rechts über die Versteigerung überein, so können wir doch nicht übergehen, daß für eine

species derselben, für die nothwendige Subhastation in letzterem durch positive Gesetzesvorschriften andere Normen zur Geltung kommen. Nach § 38 I, 52 der allgemeinen Gerichtsordnung nämlich soll „der Meistbietende hierdurch (d. h. durch das Bieten) kein vollständiges Recht auf den Zuschlag erlangen, sondern es soll .... noch immer von den Gläubigern abhängen, entweder in den Zuschlag zu willigen oder auf Verlängerung der Subhastation anzutragen." Es ergiebt sich aus dieser Bestimmung, daß die ergehende Bekanntmachung, ein Grundstück an den Meistbietenden verkaufen zu wollen, bei der nothwendigen Subhastation nicht als eine Offerte, sondern nur als eine Proposition, Offerten zu machen, anzusehen ist. Das Gebot ist hier die Offerte, der Zuschlag die Acceptation derselben, und mit der letzteren erst gelangt der Vertrag zu seiner Perfection, wie dies bereits von uns bei der Betrachtung der Versteigerung nach römischen Rechtsgrundsätzen gezeigt ist. Hierin hat nun auch der § 11 der Verordnung II vom 4. Mai 1834 Nichts geändert, denn derselbe bestimmt: „nur die im Bietungstermine erschienenen Interessenten sind zur Erklärung über den Zuschlag aufzufordern. Sie müssen, wenn sie demselben widersprechen wollen, dies noch im Bietungstermine selbst thun." Es ist also hier nur ein anderer Modus für die Herbeischaffung der Einwilligung der Gläubiger geschaffen. Was nun den Meistbietenden betrifft, so hat derselbe das Recht, sobald die Interessenten seine Offerte nicht acceptiren, dieselbe zurückzunehmen, „denn wenn bei einem Antrage wegen der Zeit zur Annahme Nichts bestimmt ist, so muß dieselbe über einen mündlichen Antrag sogleich, als derselbe geschehen ist, abgegeben werden[18])." Ganz dieselben Grundsätze gelten bei der freiwilligen Subhastation,

---

18) I, 5 § 94. A. L.-R.

denn der § 2 der Verordnung vom 6. April 1839 verordnet: „Das Gericht hat, wenn die Einwilligung der Betheiligten in den Zuschlag erfolgt oder vorschriftsmäßig ergänzt worden ist, die Licitationsverhandlungen .... in beglaubigter Form auszuhändigen.“ Bei gerichtlichen Auctionen endlich gelangt der Vertrag gleichfalls erst durch den Zuschlag zur Perfection [19]). Wenn nun auch hiernach bei den genannten drei Arten der Versteigerung durch positive gesetzliche Bestimmung eine andere als die von uns aus allgemeinen Grundsätzen entwickelte Ansicht sanktionirt ist, so ist dies dennoch kein Argument gegen die Richtigkeit derselben, da hier besondere Motive zu den gedachten Abweichungen vorliegen *).

---

19) Koch, Civilrecht II § 683 a. E. Gad in Gruchot's Beiträgen Bd. 3 S. 193.

*) Anmerk. d. Redaction. Bemerkungen zu obiger Abhandlung s. am Schlusse dieses Heftes.

II.

Ueber den Anspruch des Käufers einer versicherten, nach Perfection des Kaufvertrages durch Zufall untergegangenen Sache auf die Cession des Versicherungsanspruches.

Von

Karl Lippmann,

Doctor der Rechte in Landshut.

Conflicte zwischen dem natürlichen Rechtsgefühle und der juristischen Consequenz gehören bei der Entscheidung praktischer Fragen gerade nicht zu den außerordentlichen Erscheinungen, insbesondere in Fällen, in welchen Institute des modernen Verkehrslebens in das Rechtsleben übertreten.

Der Schroffheit des Widerspruches aber, in welchem solche auf die herkömmliche juristische Construction gestützte Entscheidungen mit dem natürlichen Rechtsgefühle stehen, sowie der Höhe des praktischen Interesse solcher Fragen selbst, entspricht die Lebhaftigkeit des Reizes, welchen sie erregen, auf anderm als dem gewohnten Wege eine Versöhnung der im Kampfe liegenden Interessen anzubahnen.

Der Versuch, eine befriedigende Lösung eines solchen Conflictes zu erzielen, bildet den Gegenstand folgender Erörterungen. Wenn nämlich eine versicherte Sache verkauft wird und

dieselbe nach der Perfection des Kaufvertrages zu Grunde geht, so ergiebt sich nach gangbarer Lehre das Resultat, daß der Verkäufer sowohl die Versicherungssumme als auch den Kaufpreis zu erheben befugt ist, und somit die ganze Last des Unfalls ungetheilt auf die Schultern des Käufers fällt.

Da nämlich mit der Perfection des Kaufvertrags die Gefahr auf den Käufer übergeht, so hat er allein den Untergang der Sache zu tragen; mit andern Worten, er verliert die Leistung, die er seinerseits zu beanspruchen hätte, ohne die Erfüllung der dem Verkäufer geschuldeten Leistung verweigern zu dürfen; er muß demnach den Kaufpreis zahlen.

Ganz unabhängig davon ist der Vertrag, den der Verkäufer mit dem Versicherer unter der Bedingung des Untergangs der Sache abgeschlossen, eine Eventualität, durch deren Eintritt eben die Versicherungssumme für den Verkäufer fällig geworden.

Die Unbilligkeit dieser Entscheidung springt in die Augen; bevor jedoch mit dem Versuche, derselben zu begegnen, begonnen werden kann, muß unser Fall selbst in der Weise noch schärfer abgegränzt werden, daß von vornherein jene Fälle, in welchen ein gesetzlicher oder vertragsmäßiger Uebergang des Versicherungsanspruchs oder ein ausdrücklicher Verzicht von Seiten des Käufers vorliegt, ausgeschieden werden.

Ein solch' gesetzlicher Uebergang ist in manchen Particularrechten theils mit der Veräußerung, theils mit dem Uebergange des Eigenthums verknüpft; ein vertragsmäßiger darf, abgesehen von dem Falle ausdrücklicher Stipulation, auch wohl in der Erhöhung des Kaufpreises um die Prämie gesehen werden; außer Frage steht endlich der Anspruch des Käufers auf die Versicherungssumme, wenn die Uebernahme der Versicherung dem Käufer angeboten, von ihm jedoch abgelehnt wurde.

Mommsen, welcher die Frage in seinen Erörterungen (H. I. S. 116—123) bespricht, gelangt auf Grund einer auf die eigenthümliche Natur des Versicherungsvertrages gestützten Deduction zu dem befriedigenderen Resultate, daß der Verkäufer den Kaufpreis, der Käufer dagegen die Versicherungssumme zu erheben befugt sei.

Er sieht hierin eine Ausnahme von der bekannten Regel: „ejus est commodum, cujus est periculum", wonach ein Anspruch auf das commodum nur erhoben werden könne, wenn dasselbe durch das nämliche Ereigniß, welches die Unmöglichkeit der Leistung verursacht habe, dargeboten werde.

Die Ausnahme selbst findet er in der eigenthümlichen Natur des Versicherungs-Vertrages begründet.

Hiernach hafte nämlich der Versicherer nur für wirklich eingetretenen, für in der That vom Versicherten erlittenen Schaden; der Verkäufer habe durch die Veräußerung die Gefahr auf den Käufer hinübergewälzt, in Folge dessen auch durch den Untergang der Sache keinen Schaden erlitten und könne somit keinen Anspruch auf die Versicherungssumme erheben. Man habe nun nur die Wahl, den Versicherer zu liberiren, oder dem Käufer den Anspruch auf die Versicherungssumme zuzuerkennen; da Ersteres nicht zulässig sei, müsse man sich wohl zu Letzterem entschließen.

Giebt man aber auch das von Mommsen urgirte Prinzip des Versicherungs-Vertrages zu, wonach der Versicherer nur für wirklich eingetretenen Schaden, d. h. näher nach Mommsen's Auffassung für einen Schaden, welcher den Versicherten wirklich betroffen, hafte; wollte man sich auch sogar noch der Annahme Mommsen's anschließen, daß sich der ursprünglich Versicherte durch die Veräußerung die Möglichkeit, die Gefahr tragen zu müssen, abgeschnitten habe, so ergiebt sich hieraus nur die einfache Folgerung, daß eben der

Versicherte nicht fordern könne, mit andern Worten, daß der Versicherer, der nur unter der Bedingung eines wirklich vom Versicherten erlittenen Schadens versprochen, liberirt ist.

Nicht kann aber daraus die Consequenz gezogen werden, daß, weil der Berechtigte nicht fordern könne, nunmehr ein anderer in gar keinem contractlichen Verhältnisse mit dem Versicherer Stehender fordern könne.

Der Vertrag des Versicherers mit dem Verkäufer und der Vertrag, den der Verkäufer mit dem Käufer geschlossen, sind zwei vollkommen selbstständige, von einander unabhängige Verträge, die sich in ihren Wirkungen lediglich auf die Contrahenten zu beschränken haben.

Von diesem Prinzipe aus, nämlich der Beschränkung der Haftung des Versicherers auf wirklich erlittenen Schaden ergäbe sich demnach ein drittes Resultat — die Befreiung des Versicherers und die Erhebung des Kaufpreises von Seiten des Verkäufers.

Die Unbilligkeit, an der wir uns gestoßen, wäre beseitigt; es wirft sich aber sofort die Frage auf, ob denn eine Befreiung des Versicherers angenommen werden könne.

Von vornherein ließe sich vielleicht dagegen einwenden, daß die Haftung des Versicherers gewissermaßen auch eine sachliche ist, d. h. nicht ausschließend an die Person des Versicherten, sondern auch an den Eintritt des die Sache treffenden Schadens, gegen den eben in der Versicherung Schutz gefunden werden soll, geknüpft.

Das gewichtigste Bedenken dagegen liegt aber darin, daß die Verpflichtung des Versicherers durch ein das contractliche Verhältniß, das zwischen dem Versicherer und dem Versicherten besteht, gar nicht berührendes Vertragsverhältniß aufgehoben würde.

Denn die Möglichkeit, die Gefahr tragen und so den Nachtheil des Untergangs der Sache erleiden zu müssen, hat

sich der Verkäufer nur dadurch scheinbar abgeschnitten, daß er aus dem Vertrage, den er mit dem Käufer eingegangen, zu der Forderung des Kaufpreises auch im Falle casuellen Untergangs der Sache berechtigt ist.

Weiter, als diese Berechtignng reicht und Erfolg hat, reicht aber auch nicht die scheinbare Rettung des Verkäufers vor Gefahr. Wäre der Käufer insolvent, so würde factisch der Verkäufer den Schaden erleiden. Während er im Falle der Insolvenz des Käufers die Sache, wenn sie nicht untergegangen wäre, hätte zurücknehmen können, würde er nunmehr eben wegen der Insolvenz des Käufers für den Verlust der Sache keinen Ersatz im Kaufpreise erhalten. Ja, es kann auch die Möglichkeit nicht in Abrede gestellt werden, daß der Verkäufer dem Käufer, den das Unglück des Untergangs der Sache betroffen, den Kaufpreis erlassen will, weil er seinerseits schon durch die Versicherung für den Verlust gedeckt ist.

Weder in dem einen, noch in dem andern Falle kann man den Versicherer von seiner Haftung freisprechen. Im ersten nicht, weil eben der ursprünglich Versicherte Schaden erlitten, im zweiten nicht, weil sich eine Verpflichtung des Versicherten, sich zu Gunsten des Versicherers der Auflösung eines außerhalb des Versicherungsvertrages stehenden Verhältnisses zu enthalten, nicht nachweisen läßt.

Läge in der Veräußerung einer versicherten Sache an sich die Verwirkung des Versicherungsanspruchs, so könnte er, wenn sich die diesen Schluß begründenden Voraussetzungen als falsch erwiesen, natürlich auch nicht hinterher wieder aufleben.

Daß aber die Fortdauer des Anspruchs gegen den Versicherer neben der Veräußerung der versicherten Sache der Natur des deutschrechtlichen Versicherungsvertrags sehr wohl entspricht, kann aus den Grundsätzen abgenommen werden,

welche das deutsche Handelsgesetzbuch über die ausgebildetste Art der Versicherungsverträge, der Versicherung gegen Seegefahr, in dieser Hinsicht aufgestellt hat.

Art. 904 des H.-Gb. bestimmt nämlich, daß im Falle der Veräußerung einer gegen Seegefahr versicherten Sache die dem Verkäufer zustehenden Ansprüche mit der Wirkung auf den Erwerber übertragen werden können, daß sie dieser ebenso wie der ursprünglich Versicherte auszuüben befugt ist.

Hieraus ergiebt sich offenbar, daß nach diesen Bestimmungen der Versicherungsanspruch mit der Veräußerung weder an sich übertragen noch verwirkt wird, sondern, sofern keine andere Bestimmung getroffen wird, zunächst dem Verkäufer verbleibt.

Einen andern Weg schlägt Ihering ein in den Jahrbüchern des heutigen römischen und deutschen Privatrechts (Bd. III S. 472—474).

Ihering sieht in der gleichzeitigen Erhebung des Anspruchs auf Versicherungssumme und Kaufpreis eine doppelte Forderung auf ein idem. Zu dieser Anschauung gelangt er auf Grund einer eigenthümlichen Auffassung von der Natur des Anspruchs auf den Kaufpreis im Falle casuellen Untergangs der Sache. Die Forderung des Verkäufers auf Zahlung des Kaufpreises nach Untergang der Sache habe nämlich nicht den Charakter einer gewöhnlichen Geldforderung, sondern den einer Ersatzforderung; sie sei eine Schadloshaltung des Verkäufers für die Beschränkung seiner Dispositionsbefugniß, die ihn eben verhindere, die Gefahr des Zufalls von sich abzuwenden; dieser Beschränkung gegenüber sei die Uebernahme der Gefahr von Seiten des Käufers eine der Billigkeit gemäße correspondirende Verpflichtung. Zweck des Kaufpreises sei also in diesem Falle die Schadloshaltung des Verkäufers; es bilde der Kaufpreis gewissermaßen die Versicherung für den casuellen Untergang der Sache. Eine doppelte Forderung auf ein

idem sei nun nicht zulässig; wenn daher der Verkäufer die Assecuranzsumme schon erhoben habe, so dürfe er den Kaufpreis nicht mehr einziehen, so daß sich hieraus ein viertes Resultat ergiebt, wonach der Verkäufer die Assecuranzsumme erhebt, während der Käufer von der Zahlung des Kaufpreises befreit ist.

Habe der Käufer vorher, ohne von der Versicherung zu wissen, gezahlt, so könne er das Gezahlte als indebitum zurückfordern; wenn der Verkäufer dagegen zuerst die actio venditi angestellt habe, so müsse der Verkäufer den Versicherungsanspruch cediren, so daß Ihering hier auf das zweite der oben erörterten Resultate kommt.

Hat es an sich schon etwas Mißliches, daß aus dem zufälligen Umstande der frühern Klagenerhebung sich auf Grund der Ihering'schen Deduction verschiedene Resultate ergeben, so erheben sich gegen diese Deduction noch andere sehr gewichtige Bedenken.

Die Ihering'sche Auffassung vom Kaufpreise dürfte, indem sie auf die Beschränkung der Dispositionsfreiheit des Verkäufers basirt ist, doch auf einen nicht zu sichern Boden gestellt sein.

Ihering selbst erklärt die mehrfache Erhebung des Kaufpreises für eine an mehrere Käufer veräußerte und nach der Perfection des Kaufvertrags zu Grunde gegangene Sache nur aus dem Grunde für unzulässig, weil die mehrfache Erhebung eine mehrfache Forderung auf ein idem wäre. Wie kann aber überhaupt von einer mehrfachen Erhebung die Rede sein, wenn nicht trotz des Abschlusses eines Kaufcontracts mehrfach verkauft werden kann, und wenn Letzteres zulässig, was Ihering ausdrücklich zugibt, worin soll dann die Beschränkung des Verkäufers liegen? Davon jedoch abgesehen, faßt Ihering den Anspruch auf die Versicherungssumme in

derselben Weise wie Mommsen; hieraus würde sich aber, wie oben erörtert, nur die Befreiung des Versicherers ergeben.

Eine condictio indebiti kann aber nicht angestellt werden, da der Forderung auf den Kaufpreis die Eigenschaft eines debitum gewiß nicht abgesprochen werden kann, ein Herüberziehen von Wirkungen des einen Contracts auf den andern aber als durchaus unzulässig erklärt werden muß.

Eine Lösung der Schwierigkeit ergiebt sich also nicht aus dem Prinzipe des Schadensersatzes; denn dieses würde, wie erörtert, zur Befreiung des Versicherers führen; nicht aus dem Verhältnisse beider Contracte, da sie als selbstständige Verträge sich in ihren Wirkungen auf die Contrahenten beschränken müssen.

Sie kann demnach nur gefunden werden in dem gegenseitigen Verhältnisse von Käufer und Verkäufer, in der Wechselbeziehung von Leistung und Gegenleistung.

In dieser Beziehung wird Jhering unbedingt darin beizustimmen sein, daß die für den zufälligen Untergang einer Sache nach der Perfection des Kaufvertrags aufgestellte Regel: „res periculo emtoris est“ als eine allgemeine Abstraction nur für die gewöhnlichen Fälle zutreffend sei und keine unbedingte ausnahmslose Anwendung zu beanspruchen habe, wenn man nicht annehmen wolle, daß die römischen Juristen, welche das Gegenseitigkeitsprinzip sonst so sorgsam gewahrt, es hier ganz und gar über Bord geworfen hätten.

Der Satz, daß nach der Perfection des Kaufvertrags im Falle casuellen Unterganges der Sache der Käufer die Gefahr trage, mit andern Worten, trotz des Verlustes, der ihm geschuldeten Leistung den Kaufpreis zahlen muß, entspricht der Billigkeit nur insoweit, als beim zufälligen Untergange der Sache einer der Contrahenten den Nachtheil tragen muß, und,

wenn sich der Verkäufer keiner mora schuldig gemacht, im Gegentheile von seiner Seite alles zur Erfüllung Nöthige geschehen, es weniger unbillig erscheint, den Unfall dem Käufer als dem Verkäufer aufzubürden.

Andererseits läßt sich doch nicht verkennen, wie sehr die Quellen von der der Billigkeit im höchsten Grade entsprechenden Auffassung ausgehen, daß bei den gegenseitigen Verträgen das Gleichgewicht zwischen den beiden Contrahenten möglichst erhalten werden, die beiderseitigen Leistungen möglichst correspondiren sollen. Als eine natürliche Folge hiervon ergäbe sich, daß, wenn von einer Seite die eigentlich geschuldete Leistung unmöglich geworden, sich aber in den Händen des zur Leistung Verpflichteten ein Aequivalent oder Ersatz befindet, er seinerseits die ihm geschuldete Gegenleistung nur gegen Austausch des Aequivalents oder Surrogats in Anspruch nehmen könne.

Diese Erstreckung des ursprünglichen Anspruchs auf die Leistung auch auf das Surrogat der geschuldeten Leistung ist ein Gedanke, der in den Quellen in verschiedenen Anwendungen ausdrückliche Anerkennung gefunden.

So bei der Eigenthumsklage, da nach l. 17 D. de R. V. der mit der Eigenthumsklage Belangte auch den durch die Beschädigung der besessenen Sache ihm erworbenen Entschädigungsanspruch herausgeben muß, so daß also der sein Eigenthum Vindicirende in der Abtretung des Entschädigungsanspruchs Ersatz für die durch die Beschädigung verursachte Verkümmerung der ihm geschuldeten Leistung erhält.

Von diesem Gesichtspunkte aus ergibt sich dann auch die Lösung einer verwandten Frage, nämlich hinsichtlich des Anspruchs des Pfandgläubigers auf die Forderung der für die untergegangene Sache zu zahlenden Versicherungssumme, da die Bestimmung über die rei vindicatio wohl unbedingt, wie Windscheid annimmt, auf die actio hypothecaria an-

gewendet werden kann. Von hier gelangt man dann natürlich zu der Erstreckung des Pfandrechts auf die Forderung auf die Versicherungssumme, ein Resultat, das von Madai's Einwendungen nicht betroffen wird, da sich diese nur gegen anderweitige allerdings nur halbwegs plausible Deductionen richten, diese Begründung jedoch unerwogen lassen*).

Wenn nun bei einseitigen Leistungen anerkannt ist, daß das Surrogat in die Stelle der ursprünglichen Leistung eintritt, warum sollte bei Verträgen nicht dasselbe gelten, wo es in Rücksicht auf die Gegenleistung als ein noch weit dringenderes Gebot der Billigkeit erscheint?

Für die Anwendung dieses Prinzips auf Verträge findet sich denn auch eine ausdrückliche Anerkennung in jenen Fällen, in welchen nach Uebergang der Gefahr die Sache von einem Dritten vernichtet, beschädigt, gestohlen oder geraubt wird; in all' diesen Fällen wird der Kaufpreis nur unter der Voraussetzung der Cession der betreffenden Klagen zuerkannt, nämlich der actio legis Aquiliae l. 15 pr. D. (9.2), l. 13 D. (18. 6), §. 3 J. (3. 24), der actio vi bon. rapt. l. 1 D. (19. 1), der vindicatio l. 35 §. 4 D. (18. 1), der interd. quod vi

---

1) Windscheid (Pandecten I. §. 548 Note 4) geht von der Richtung des Pfandrechts auf die Aneignung des Werthes des Pfandrechtes aus und stützt sich des Weitern auf l. 17 de R. V.; v. Madai (Archiv für civil. Praxis XXVI. S. 201—202) hält eine Begründung nur für möglich entweder auf Grund des Satzes: „res succedit in locum pretii et pretium in locum rei oder auf Grund der Annahme einer stillschweigenden Verpfändung der Assecuranzsumme, wenn nämlich die Versicherung auf ausdrückliches Verlangen des Gläubigers vorgenommen wurde, oder endlich auf Grund der Auffassung der Versicherung als einer Gerechtsame, einer besonders vortheilhaften Qualität der Sache. Weder mit der letzten Begründung noch mit einer Aufwärmung der in ersterer berührten Parömie wird jemand den Anspruch des Pfandgläubigers vertheidigen wollen, andererseits denselben aber im zweiten Falle kaum Jemand in Abrede stellen.

aut clam l. 11 §. 8. 9 D. (43. 24), der aquae pluviae arcendae a°. l. 16 D. (39. 3), der actio ex caut. damni infecti l. 11 §. 8. D. (43. 24) l. 4 §. 4 D. (18. 2) l. 13 §. 12 D. (19. 1), der actio furti und condictio furtiva §. 3 J. (3. 24) l. 35 §. 4. D. (18. 1) l. 14. 80. pr. D. (47. 2), — von welchen als für die zu Grunde liegende Auffassung nur der Schluß der l. 35 §. 4 D. (18. 1) besonders hervorgehoben werden soll, wonach der Verkäufer einer fremden Sache, cum is nullam vindicationem habere possit, ob id ipsum damnandus est, quia si rem suam vendidisset, potuisset eas actiones ad emtorem transferre, woraus sich mit Evidenz ergibt, daß die Klagen als Surrogat der Leistung angesehen werden.

Allerdings decken sich diese Fälle und der, welcher uns hier beschäftigt, nicht in allen Punkten; sie gehen vielmehr darin aus einander, daß in diesen Fällen das Surrogat demselben Ereignisse, welches die gänzliche oder theilweise Unmöglichkeit der Leistung bewirkt hat, seine Entstehung verdankt, ein Umstand, der bei den römischen Juristen in der Parömie: „ejus commodum esse debet, cujus est periculum“ den entsprechenden Ausdruck gefunden.

Es fragt sich aber, ob diese Divergenz eine gleichartige Behandlung ausschließe und ob nicht vielmehr diese Entscheidungen nur eine besondere Anwendung, die erwähnte Parömie nur eine Seite des aufgestellten allgemeineren Prinzips darstelle.

Fragt man nach dem innern Grunde dieser Bestimmung, so erhält man zur Antwort, es sei billig, daß demjenigen, welcher den Nachtheil eines Ereignisses trage, auch der Vortheil zukomme. Dagegen läßt sich nun nichts einwenden, aber gewiß ebenso wenig dagegen, daß diese Erklärung mehr Uebersetzung als Erklärung ist. Der tiefere Grund liegt wohl

in dem dringenden Gebote der Billigkeit, daß derjenige, der nach einem beschädigenden Ereignisse dennoch den Anspruch auf die unverkümmerte Gegenleistung behält, dieser gegenüber, da er seinerseits die ursprüngliche Leistung entweder ganz oder nur theilweise nicht mehr geben kann, doch noch so viel gebe, als er zu geben im Stande ist, daß er also, was ihm von der zu prästirenden Leistung in Händen geblieben, nicht für sich behalte und so noch Vortheil aus dem Unfalle ziehe, den sich sein Mitcontrahent gefallen lassen muß.

Wäre in den erwähnten Fällen die Cession der Klagen nicht vorgeschrieben, so hätte der Verkäufer denselben unbilligen Vortheil, der ihm in dem den Vorwurf unserer Erörterung bildenden Falle zufiele; denn er bekäme sowohl den Kaufpreis als den Ersatz des Schadens; wenn nun dieser doppelte Ersatz hier, wo durch Gesetz ein Surrogat für die ursprüngliche Leistung gegeben, als eine Unbilligkeit empfunden wird, sollte er weniger ungerecht sein, wenn der Verkäufer ein Surrogat durch ein vor dem Verkaufe abgeschlossenes Rechtsgeschäft erhalten hat?

Das gewollte allgemeinere Prinzip würde dann, wie erwähnt, bei diesen Klagen nur eine specielle Anwendung gefunden haben, sowie sich, da in diesen Fällen eben der Vortheil an das die theilweise oder gänzliche Unmöglichkeit der Leistung bewirkende Ereigniß geknüpft ist, der Satz, daß, wer den Nachtheil trage, auch den Vortheil haben solle, hiefür nur als ein natürlicher ganz prägnanter Ausdruck ergäbe.

Keine Gefahr läuft diese Argumentation dem auch von Ihering entgegengehaltenen Grundsatze gegenüber, wonach ein lucrum propter negotiationem perceptum dem Verkäufer zu verbleiben hätte. Abgesehen davon, daß die aus l. 21 D. (18. 4) gezogene Abstraction in ihrer Allgemeinheit falsch ist, da nach einer andern Stelle der l. 1 §. ult. 2

D. depositi (16. 3) der Gläubiger auch das durch eine negotiatio erlangte commodum verlangen kann, wenn er die Gefahr dieses Ereignisses trägt, so liegt eben in unserem Falle kein lucrum propter negotiationem perceptum im Sinne der l. 21 cit. vor. Sie spricht dem ersten Käufer einer zweimal verkauften Sache den Anspruch auf den vom zweiten Käufer gegebenen Kaufpreis aus dem Grunde ab, weil der Kaufpreis nicht ein Erträgniß der Sache, sondern eine Frucht der über sie getroffenen Disposition sei, weil der aus dem zweiten Verkaufe gewonnene Kaufpreis mit dem Anspruche des ersten Käufers auf die Sache nichts zu schaffen habe (pretium enim hominis non ex re, sed propter negotiationem percipitur). Der Versicherungsvertrag dagegen ist gerade auf die Erhaltung der Sache gerichtet. Daß die Versicherungssumme ein Surrogat der Leistung ist, steht außer Zweifel, in Frage steht nur, ob der Käufer Anspruch darauf habe.

Ein gewichtigeres Bedenken steht aber dieser Argumentation noch in der auf l. 21 D. (18. 4) und l. 11 §. 9 D. (43. 24) gestützten Behauptung im Wege, wonach die Cession der Klagen ausgeschlossen sei, wenn die Sache vor dem Verkaufe gestohlen, oder geraubt oder nach l. 11 §. 9 D. l. c. beschädigt worden, der Anspruch auf Ersatz also schon vor dem Verkaufe entstanden war, sowie auch dagegen eingewendet werden kann, daß in diesen Fällen Beschädigung und Entstehung des Anspruchs in der Zeit zusammenfallen, während in unserm Falle der Anspruch vor dem Verkaufe stipulirt ist, die Sache aber nach dem Verkaufe zu Grunde geht.

Dennoch kann bei näherer Prüfung derjenigen Stellen, in welchen von einer Cession der Schadensersatzklagen die Rede ist, das aufgestellte Prinzip auch diesem Bedenken gegenüber aufrecht erhalten werden.

Von den oben angezogenen Stellen unterscheidet l. 13 §. 12 D. (19. 1) nicht, ob der Anspruch auf Schadensersatz vor oder nach dem Verkaufe erworben worden, während mehrere nur den Fall des Erwerbs nach dem Verkaufe besprechen, l. 11 §. 8. 9 D. (43. 24) aber die Cession von vor dem Verkaufe erworbener Schadensersatzansprüche direct ausschließt.

Die erste Stelle kann selbstverständlich ebensowohl für unsere Ansicht, als gegen dieselbe geltend gemacht werden; die zweiten können zu einer Argumentation erst gebraucht werden, wenn der Beweis für oder gegen die gewollte Ausdehnung geführt ist; denn von vornherein kann daraus, daß nur ein Fall besprochen ist, nicht der Schluß gezogen werden, daß hiermit der andere ausgeschlossen sei.

Was endlich die directe Ausschließung der Cession der Klagen betrifft, so ist, bevor die generelle Anwendung dieser Entscheidungen zugelassen werden könnte, erst zu untersuchen nöthig, ob diesen Verfügungen nicht specielle Motive zu Grunde liegen, welche dann den Werth desselben auf ein engeres Gebiet einschränken.

Es erklären sich auch in der That diese Entscheidungen aus Gründen, welche unserer Ansicht keinen Abbruch thun.

Wenn nämlich die Sache vor dem Verkaufe vernichtet wird, so ist der Kauf wegen mangelnden Objects überhaupt nicht zu Stande gekommen; wurde sie vor dem Kaufe beschädigt, so wird der Käufer vorsichtig genug sein, den Kaufpreis um die Beschädigung zu mindern; thut er es nicht, so hat er den sich hieraus ergebenden Nachtheil sich selbst zuzuschreiben; in der That entscheidet l. 11 §. 9 D. (43. 24) so, aber gerade die Motivirung „satis enim esse, quod utique propter hoc opus viliori praedium distraxerit" dürfte ein Beweis für die Anerkennung des verfochtenen

Gegenseitigkeits-Princips sein. Was endlich l. 21 D. (18. 4) betrifft, so muß der Schlußsatz dieser Stelle gerade nicht nothwendig von Entwendung und Dejection vor dem Verkaufe verstanden werden.

Stimmt man aber auch hierin Jhering (Abhandlungen I. S. 35) zu, so sagt die Stelle nicht mehr, als daß der Verkäufer, wenn ihm die Sache, welche Gegenstand des Vertrages war, abverlangt werde, sich nicht schlechthin seiner Verpflichtung zur Beschaffung der Sache dadurch entschlagen könne, daß er den ihn Belangenden auf die Ersatzklagen verweise. Hierdurch ist natürlich nicht ausgeschlossen, daß das Aequivalent eintreten muß, wenn die Sache selbst nicht mehr beigeschafft werden kann.

Immer fällt jedoch hier die Beschädigung, beziehungsweise Vernichtung der Sache, und somit die Entstehung des Anspruchs vor den Verkauf, während in unserm Falle die Entstehung des Anspruchs vor, und der Untergang beziehungsweise die Beschädigung der Sache in die Zeit nach der Perfection des Kaufes fällt.

Ganz dasselbe ist aber der Fall bei der cautio damni infecti und der aquae pluviae arcendae actio.

Da l. 13 §. 12 D. (19. 1) Entstehung des Anspruchs vor und nach dem Verkaufe nicht unterscheidet und keine andere Stelle die Abtretung der cautio damni infecti, wie die anderer Klagen, z. B. der actio legis Aquiliae, auf die Bestellung nach dem Verkaufe einschränkt, so muß, wie Jhering und Mommsen übereinstimmend annehmen, die Klage aus der cautio damni infecti, auch wenn sie vor dem Verkaufe bestellt war, dem Käufer cedirt werden, wenn hinterher eine Beschädigung eingetreten. Hier haben wir nun ein ganz analoges Verhältniß. Die cautio damni infecti war vor dem Kaufe vom Verkäufer bestellt, somit die Sache gewisser-

maßen gegen eine drohende Gefahr versichert; sie wurde verkauft und nun trat periculo emtoris das beschädigende Ereigniß ein. Nichtsdestoweniger behält der Verkäufer den Anspruch auf den vollen Kaufpreis, muß aber auch das Mittel, welches er in Händen hat, den Nachtheil der Beschädigung abzuwenden, dagegen abtreten [2]). Deßgleichen findet nach der ausdrücklichen Entscheidung der l. 16 D. (39. 3) bei der aquae pluviae arcendae actio die Abtretung eines vor der Veräußerung entstandenen Anspruchs auf Schadensersatz statt. Mit der aquae pluviae arcendae actio kann nämlich nach l. 6 §. 6 und l. 14 §. 3 D. l. c. nur für den nach Erhebung des Processes zugegangenen Schaden Ersatz erlangt werden. Voraussetzung des Anspruchs ist somit die Erhebung des Processes.

Nun hatte im Falle der l. 16 der Verkäufer vor dem Verkaufe den Proceß anhängig gemacht, nach dem Verkaufe trat eine Beschädigung ein; nun wird als der zur Klage Berechtigte allerdings der Verkäufer erklärt, demselben jedoch die Abtretung des Ersatzes an den Käufer aus dem Grunde aufgetragen, weil nicht er, sondern die Sache Schaden gelitten: „non quia venditori, sed quod rei damnum datum sit".

Hier trifft demnach die Analogie vollständig zu, und es

---

2) Aus der Verpflichtung des Verkäufers zur custodia erklärt sich die Abtretung der Klage aus einer vor dem Verkaufe bestellten cautio damni infecti nicht, wie Mommsen auf Grund der l. 18 §. 8. 9 und l. 38 pr. D. (39. 2) will. Der Verkäufer ist nicht unbedingt zur Bestellung der cautio verpflichtet, im Gegentheile supponiren die Stellen die Möglichkeit der Unterlassung der Bestellung, ohne daß sich der Verkäufer einer culpa schuldig machen würde. Ist dieß möglich, so muß auch die Möglichkeit zugegeben werden, daß die cautio bestellt werden kann, ohne daß sie aus dem Gesichtspunkte der custodia abgetreten werden müßte. Zudem haben die citirten Fragmente nur Cautionen im Auge, die im Hinblicke auf eine bevorstehende Veräußerung bestellt werden, oder zu bestellen sind. —

dürfte somit unbedenklich dem Käufer das Recht zugesprochen werden, gegen die Zahlung des Kaufpreises die Abtretung der Versicherungssumme zu verlangen, wofür er natürlich die Prämie zu ersetzen hat.

Eine Folge dieser Begründung ist dann, daß der Verkäufer nach Eintritt des Schadens dem Käufer den Ersatz durch etwaigen Verzicht auf die Versicherungssumme nicht mehr entziehen kann; vor Eintritt desselben lassen sich seiner Dispositionsbefugniß wohl keine Schranken setzen.

Man müßte in gleicher Weise eine Verbindlichkeit des Verkäufers, die Sache im Interesse des Käufers zu versichern, statuiren, eine Auflage, welche sich in keiner Weise begründen läßt.

Dann tritt allerdings das „res periculo emtoris est“ in ganzer Schärfe ein; es fällt aber auch in diesem Falle die Unbilligkeit eines doppelten Ersatzes weg.

III.

Zur Lehre vom Erwerb und Verlust des Besitzes.

Von

Dr. J. Baron, Privatdocenten in Berlin.

Uebersicht.

1. §. 1. Die Theorie von Lenz.

In seinem „der juristischen Jugend" gewidmeten Buche, betitelt „Das Recht des Besitzes und seine Grundlagen" hat Lenz eine Revision verschiedener Rechtsbegriffe, unter Anderm auch des Besitzbegriffes, sowie der Regeln über den Erwerb und den Verlust des Besitzes vorgenommen.

Seine Ausführung ist zumeist gegen Savigny's Lehre gerichtet; er hat sich weit, weit vom Meister entfernt, und wie gefährlich dies ist, zeigen die Resultate, zu denen er gelangt ist.

Lenz steht auf den Schultern von Kierulff[1]); er hat, was dieser nur in allgemeinen Umrissen zeichnete, bis zur äußersten Consequenz und auch darüber hinaus getrieben; eben hierdurch ist er zu jenem Gegensatz gegen Savigny gelangt, von welchem bei Kierulff nur die ersten Anfänge zu finden sind.

Es läßt sich nicht leugnen, daß in Savigny's Darstellung das körperliche Verhältniß etwas in den Vordergrund gestellt ist; nicht der Besitzwille ist es, der jenes hervorruft und erhält, er „begleitet"[2]) es nur; das körperliche Verhältniß tritt bei Savigny so sehr als etwas Selbständiges auf, daß es jedenfalls dem Besitzwillen coordinirt erscheint,

---

1) Man könnte meinen auf den Schultern von Gans, denn dieser erklärt ja den Besitz als das Haben der Sache nach dem besonderen Willen (Ueber die Grundlage des Besitzes 1839); allein, da er zugleich das Eigenthum als das Haben nach dem allgemeinen Willen definirt, so verliert dadurch der Wille seine concrete Gestalt, und der Gegensatz des Besonderen und Allgemeinen tritt dafür in den Vordergrund. Lenz dürfte also von Kierulff ausgegangen sein.

2) Savigny, Besitz S. 225 (6. Aufl.): „Aller Erwerb des Besitzes beruht auf einem körperlichen Handeln (corpus oder Factum), von einem bestimmten Wollen (animus) begleitet".

und daß man nicht erkennt, daß das Corpus recht eigentlich auf dem Grunde des Animus ruht.

Es ist bloß die natürliche Reaction, wenn Kierulff das Corpus zurückdrängt, und namentlich bei der Erörterung des Besitzbegriffes die Bedeutung des Animus heraushebt. „Der Besitz ist der ausgeführte durchgeführte Wille, welcher nicht mehr bloß darauf gerichtet ist, die Herrschaft über die Sache zu erlangen (animus rem sibi habendi), sondern schon wirklich der Sache mächtig ist (animus possidentis)," „der Besitz ist subjectiver natürlich wirklicher Wille, d. h. der durch die That realisirte Wille" [3]). In dieser Fassung liegt meines Erachtens, wenn auch nicht die volle Wahrheit, so doch ein Fortschritt gegenüber Savigny, und er ist um so mehr anzuerkennen, als Kierulff trotz der Betonung des Animus dennoch die Bedeutung des Corpus nicht gering angeschlagen hat; er fügt nur hinzu, daß es vom Willen des Erwerbers ausgehen, durch ihn bestimmt und beherrscht sein muß [4]). Nur in Einer Beziehung hat ihn seine Fassung des Besitzbegriffes zu einer Abweichung von Savigny im Detail veranlaßt. Daß nämlich der Besitz eines Grundstücks nicht sofort durch die Occupation eines Dritten in Abwesenheit des Besitzers verloren geht, erklärte Savigny als „eine merkwürdige Ausnahme", und er versuchte selbst, zu zeigen, daß diese Regel erst der nachaugusteischen Zeit angehöre. Bei Kierulff hingegen ist sie „eine Consequenz aus der Natur unbeweglicher Sachen", und zwar „weil der Besitz besteht, so lange der Besitzer seinen animus domini durchsetzen kann und durchsetzen will" [5]). Es will mir scheinen, als wenn Kie-

3) Civilrecht S. 341. 347.
4) Civilrecht S. 378.
5) Civilrecht S. 394.

rulff zu dieser Annahme nicht durch consequente Schlußfolgerungen gelangt ist; denn wenn der Besitz „der durch die That realisirte Wille“ ist, wie sollte der Besitzer den Willen noch „durchsetzen“ müssen? Höchstens kann er — von jenem Standpunkte aus — in die Lage kommen, Angriffe abzuwehren. Jene Deduction Kierulff's ist bloß ein Zeugniß dafür, daß er seine Differenz von Savigny so tief empfand, daß er sie selbst auf die Darstellung von Detailfragen influiren ließ.

Mit Kierulff auf gleichem Boden steht Bruns[6]); bei der Entwickelung des Prinzips, auf welches der Besitzesschutz zu basiren ist, zeigt er, daß nicht das Corpus des Besitzes, sondern nur der darin liegende Wille geeignet ist, zu einem befriedigenden Ergebniß zu führen. Es ist klar, daß danach im Besitz nicht das Corpus, sondern der Animus als das prävalirende Element erscheint; Bruns definirt deshalb den Besitz als „den Willen, wenn er zur That und zum thatsächlichen Verhältniß wird“[7]).

Allein beide Schriftsteller lassen doch dem Corpus das Maß der Selbständigkeit angedeihen, welches ihm gebührt; sie stellen es also geradezu dem Willen gegenüber, sie kennen einen Willen, der nicht realisirt, nicht zur That geworden ist.

Das ist bei Lenz anders; für ihn ist der Besitz Wille und nichts als Wille, das körperliche Verhältniß aber bloß ein Moment in diesem Willen; wo letzteres fehlt, ist kein Willen vorhanden, sondern ein bloßer Wunsch[8]). — Das ist die eine Differenz, die zwischen Lenz und den früheren Schrift-

6) Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart §. 58.

7) A. a. O. §. 57 S. 486.

8) A. a. O. S. 99.

stellern obwaltet; ich werde bald von ihr ausführlicher handeln; vorher werde ich mit wenigen Worten der zweiten Differenz gedenken.

Lenz unterscheidet im Besitzwillen außer dem Corpus noch die Richtung auf ein äußeres Object und das Bewußtsein davon. Diese Unterscheidung soll wahrscheinlich ein Abglanz einer naturwissenschaftlichen Lehre sein; die Physiologie unterscheidet nämlich die Empfindungsnerven und die Bewegungsnerven, durch die ersteren erhalten wir das Bewußtsein der Außendinge, durch die letzteren agiren wir nach außenhin. Auch dürfte wohl ein Jeder, d. h. sowohl der Römische Jurist als der heutige Romanist, immer zugegeben haben, daß, bevor Jemand die Sache ergreifen kann, er wissen muß, womit er es zu thun hat, das Sprichwort „man kauft keine Katze im Sacke" ist im gewissen Grade nicht bloß ein Rath zu guter Vorsicht. Wenn trotzdem die römischen Juristen den Animus nicht in zwei Elemente (Bewußtsein von der Sache — Richtung auf dieselbe) zerlegen, so hat dies darin seinen Grund, daß das erste Element bloß die Voraussetzung des zweiten, während die eigentliche Grundlage des Besitzes die Richtung des Willens auf die Sache ist. Um so mehr ist man zu der Erwartung berechtigt, daß die von Lenz beliebte Unterscheidung keine praktischen Folgen äußert. Dennoch finden sich solche bei Lenz, allein sie finden sich nur vermöge einer unzulässigen Supposition. Wodurch nämlich erwirbt man das Bewußtsein von der Sache? Man sollte meinen, daß es entsteht, wenn wir die wesentlichsten Merkmale einer Sache kennen, und daß es in dieser Beziehung gleichgiltig ist, ob wir die Kenntniß der Merkmale uns durch eigne Anschauung oder durch Bericht eines Andern verschaffen. Lenz aber giebt nur die eigne Anschauung als das zulässige Erkenntnißmittel zu; wir müssen wissen (meint er), wie die

Sache aussieht, wir müssen sie ihrem Aeußern wie ihrem Innern nach in uns aufgenommen haben [9]). Nur bei Quantitäten, fügt er hinzu, verhält es sich etwas anders; hier brauchen wir nicht die Sache selbst, sondern nur die äußerlichen Vorrichtungen zu kennen, bei Flüssigkeiten die Gefäße, bei festen Fungibilien die geschlossenen Räume, die Säcke u. s. w. [10]), denn es ist praktisch nicht üblich, sie als Specien zu erkennen, weil sie unsere Bedürfnisse nicht vereinzelt, sondern nur in Masse befriedigen können [11]).

Ich werde bald die Consequenzen mittheilen, zu denen Lenz selbst vermöge dieser Auffassung gelangt ist; vorerst möchte ich einige ziehen, vor denen Lenz sich wohl gehütet hat. Ich glaube nämlich, daß man vom Lenz'schen Standpunkte aus eine neue Classe von Personen aufstellen muß, die des Besitzerwerbs unfähig sind: die Blinden, denn diesen fehlt das sinnliche Auge, sie können sich nie durch eigene Anschauung das Bewußtsein einer Sache verschaffen. Die zweite Consequenz bezieht sich auf die Sachen: Thiere, die in einem Park, Fische, die in einem Weiher geboren werden, können vom Lenz'schen Standpunkte nicht besessen werden, denn man wird vom Eigenthümer des Parkes resp. Weihers nicht verlangen können, daß er jedes neugeborene Stück in Augenschein nehme; es ist dies ja geradezu unmöglich. Endlich aber ist vom Lenz'schen Standpunkt aus die Stellvertretung eine Unmöglichkeit; denn da der Vertretene in gar kein körperliches Verhältniß zur Sache tritt, vielmehr dieses lediglich beim Repräsentanten ist, so kann Jener das Bewußtsein im Lenz'schen Sinne nimmermehr haben; nur der Repräsentant

---

9) S. namentlich S. 135.

10) S. namentlich S. 128 f.

11) S. 126.

hat es, allein in dessen Person nützt es nicht, weil ja die Stellvertretung nur im Corpus zulässig ist. Ich fürchte nicht, von Lenz darauf verwiesen zu werden, daß die Stellvertretung beim Besitz utilitatis causa eingeführt, und daß hier von dem Bewußtsein abgesehen worden sei; jene utilitatis causa hat nicht den Sinn, daß die Stellvertretung dem Besitz widerspreche, sondern den, daß die allgemeine Regel des röm. Rechts, wonach nirgends Stellvertretung zugelassen wird, verletzt wird. Warum wäre auch sonst gerade beim Besitz und nirgends anders die Stellvertretung gebilligt worden? Sie ist mit dem Besitz sehr wohl verträglich, weil hier der Stellvertreter keinen Willen zu bilden hat, sondern bloß ministerium praestat, operam accommodat[12]), deshalb heißt es auch in l. 1 C. de poss. 7, 32, daß die Stellvertretung tam ratione utilitatis quam juris[13]) recipirt worden sei.

Doch ich komme zu den Folgerungen, die Lenz selbst aus seinem Grundsatz gezogen hat.

So oft die Quellen die Gegenwart des Apprehendenten als Requisit des Besitzerwerbs bei Feldgrundstücken erwähnen, so geschieht dies nach Lenz nicht etwa, damit der Apprehendent die Möglichkeit der Einwirkung auf das Grundstück erlange, sondern lediglich, „damit der Erwerber weiß, was er will," „damit der Erwerber von dem Laufe der Grenzen und der durch sie bestimmten Lage des Grundstücks aus eigener Anschauung sich unterrichtet" [14]); „es kommt also nicht sowohl auf unmittelbare Nähe und also auch nicht auf die physische Möglichkeit einer willkürlichen Behandlung als auf den Stand-

12) l. 1. §. 20. l. 18. pr. de poss. 41, 2.

13) Ueber die Lesart jurisprudentia vgl. Savigny, Besitz S. 363 N. 1.

14) A. a. O. S. 180.

punkt und darauf an, ob sich von ihm aus das ganze Grundstück übersehen läßt"[15]). „Hiemit sind die Erfordernisse erschöpft, welche den Besitzerwerb an den liegenden Gründen, den eigentlichen Grundstücken, bedingen. Wir brauchen hier nur zu wissen, was wir besitzen wollen, um es sofort zu besitzen. Unser bewußter Wille ist ihnen gegenüber immer machtvoll. Wegen ihrer Unbeweglichkeit und wegen der Unzerstörbarkeit ihrer Substanz sind sie durch sich selber genügend geschützt, und bieten unserm Besitzwillen in sich selber die objective Sicherheit, welche zu seiner Explicirung überhaupt nur möglich und nöthig ist"[16]).

Von den Feldgrundstücken trennt Lenz die Wohngebäude, „hier hilft uns die unmittelbare Gegenwart gar nichts; sie müssen wir ihrem Zwecke gemäß beziehen oder beziehen lassen; sollen sie aber leer stehen, so müssen wir sie durch Verschließen so gut wie möglich objectiv sichern"[17]).

Dahingegen stellt er den Feldgrundstücken die „säulenartigen Besitzobjecte"[18]) gleich; die Gegenwart hat hier gleichfalls bloß die Bedeutung, daß „wir wissen, wie sie aussehen"; das körperliche Moment ist deshalb vorhanden, „weil wir nicht zu besorgen brauchen, daß sie uns so leicht und wenigstens nicht unter der Hand gestohlen werden"[19]).

So weit Lenz. Fast möchte ich behaupten, daß es überflüssig ist, gegen solche Ansichten zu polemisiren, so sehr liegt ihre Unhaltbarkeit auf der Hand. Zunächst: worauf begründet Lenz den Unterschied zwischen unbebauten Grundstücken

15) S. 183.

16) S. 184.

17) S. 198. Siehe auch S. 251.

18) Nämlich Chaussee- und Ackerwalzen, Eggen, Pflüge, Mühlsteine, Bauholz; a. a. O. S. 207 N. 3.

19) S. 208.

und Wohngebäuden? Giebt es eine einzige Stelle, die diesen Unterschied sanctionirt? Ich weiß keine und Lenz hat keine angeführt; das Wort fundus aber, das in den Fragmenten gebraucht wird, die vom Erwerbe des Immobiliarbesitzes handeln, bedeutet ebensowohl das Wohngebäude, als das unbebaute Grundstück, denn, heißt es in l. 211 de v. s. 50, 16: fundi appellatione omne aedificium et omnis ager continetur, idemque ager cum aedificio fundus appellatur, und es wäre wahrlich eines römischen Juristen würdig gewesen, falls wirklich ein solcher Unterschied zwischen bebauten und unbebauten Grundstücken und Wohngebäuden stattfände, ihn hervorzuheben, denn von welch ungeheuerer praktischer Bedeutung wäre ein solcher Unterschied!

Sodann (um nunmehr die unbebauten Grundstücke allein zu behandeln) soll nach Lenz nur der Besitz erwerben, der die Grenzen kennt; nun sagt aber Paulus in l. 3 pr. h. t., daß es genüge, das Grundstück zu betreten, „dum mente et cogitatione hac sim, ut totum fundum usque ad terminos velit possidere“, d. h. nicht die Kenntniß der Grenzen, sondern vielmehr der Wille, bis zu den Grenzen das Grundstück zu besitzen, ist nothwendig. In dem Falle der l. 18 §. 2 h. t. aber zeigt zwar der Verkäufer dem Käufer vom hohen Schlosse aus den Fundus, die Grenzen hingegen zeigt er ihm nicht, und es dürfte wohl, wenn das Grundstück in bergiger Gegend liegt, schwer sein, die Grenzen mit Einem Blicke zu übersehen.

Lenz meint ferner, daß derjenige, welcher die Grenzen kenne und besitzen wolle, den Besitz erwerbe. Nehmen wir nun ein besitzloses Grundstück; in der Umgebung befinden sich zwei Berge, zwar in verschiedener Entfernung, doch so, daß von jedem aus die Grenzen übersehen werden können; auf der Spitze eines jeden Berges befinden sich mehrere Personen,

je einer unter diesen erklärt seinen Freunden in demselben Moment seinen Besitzwillen. Denken wir uns hinzu, daß, während jeder von ihnen vom Berge herabsteigt, um das Grundstück zu betreten, ein Wandrer des Weges zieht und vor ihnen das Grundstück mit dem animus possidendi betritt. Nach Lenz müßte der Wandersmann unbedingt zurückstehen [20]), und jene Bergbesucher würden, gleichviel zu welcher Zeit sie bei dem Grundstück ankommen, im Besitz concurriren müssen, d. h. compossessio zu ideellen Hälften erwerben, trotzdem der Wille eines Jeden auf die ganze Sache gerichtet ist. — Wem dieses Resultat behagt, der wird Lenz beitreten, sonst Niemand.

In diesem Beispiel ist zugleich die Unhaltbarkeit der Ansicht bewiesen, die ich oben (S. 41) als die erste Differenz zwischen Lenz und der herrschenden Ansicht bezeichnet habe.

Wenn nämlich Lenz das körperliche Verhältniß zur Sache bloß als ein Moment des Besitzwillens faßt, so befindet er sich einerseits im Widerspruch mit den Quellen, die doch einmal das corpus nicht im animus aufgehen lassen, sondern zwei Besitzelemente aufstellen, andrerseits zu dem Sprachgebrauch des Lebens, denn so wenig ist das Können ein nothwendiges Moment des Wollens, daß der Dichter singt: etsi desint vires, tamen est laudanda voluntas, und daß das Sprichwort besagt: non omnia possumus omnes. Dennoch aber glaube ich, daß Lenz trotz dieser neuen Construction des Besitzwillens zu keinen neuen Resultaten gelangt wäre, wenn er nicht in der Detailausführung mehr oder weniger dem Worte „Willen" die gemeine Bedeutung untergelegt hätte; die Versuchung lag allzu nahe, und Lenz erlag

20) Denn in unserer Abwesenheit können wir ja (nach der herrschenden Ansicht, welcher Lenz beitritt) den Grundstücksbesitz nicht verlieren, die Bergbesucher sind ja aber abwesend, weil nicht auf dem Grundstück.

ihr völlig; er hat das Corpus bis auf ein Minimum reducirt oder geradezu aufgegeben; das spricht sich schon in der Uebersetzung aus, er nennt das Corpus regelmäßig „die objective Sicherheit des Besitzwillens".

Diese „objective Sicherheit des Besitzwillens" ist von der „physischen Herrschaft", welche nach der gemeinen Meinung im Besitz liegt, weit verschieden; jener fehlt das Moment der Ausschließlichkeit, welches in dieser enthalten ist; jene erfordert bloß ein Verhältniß des Apprehendenten zur Sache, diese noch außerdem eines zu allen Nichtapprehendenten; nach jener können (das oben aufgestellte Beispiel hat es gezeigt) zwei Personen in demselben Moment eine Sache ganz in Besitz nehmen (und nur durch die Concurrenz entstehen Theile), nach dieser können sie es nicht.

Die objective Sicherheit ist ein so dehnbarer oder vielmehr ein so unbestimmter Begriff, daß das Allerverschiedenste darunter Platz hat. Lenz selbst giebt davon eine Probe, indem er die säulenartigen Mobilien den Grundstücken gleichstellt; Grund davon soll sein, „daß sie nicht leicht und wenigstens nicht unter der Hand gestohlen werden können"; über die Werthlosigkeit dieses Grundes stellt Lenz das beste Zeugniß aus: er bemerkt, „daß man ihn weder bei den Römern noch bei andren Juristen aus alter und neuer Zeit angegeben findet". In der That, abgesehen vom Sclaven, der selbstverständlich nicht mit andren Mobilien zusammengeworfen werden kann, tritt nirgends in der Lehre vom Besitz eine Unterscheidung der einzelnen Mobilien ein; ich werde später nachweisen, daß sie sämmtlich dieselbe Custodia erfordern. Die von Lenz beliebte Unterscheidung ist unquellengemäß und unhaltbar; denn können auch säulenartige Mobilien nicht leicht und nicht unter der Hand gestohlen werden, so können sie doch immer gestohlen werden; hier, wo es sich um Entwicklung von Principien

handelt, darf doch nicht eine Scala angelegt werden, in welcher die einzelnen Sachen, jenachdem die Diebe mehr robuste oder mehr schlaue Leute sein müssen, verschiedne Stufen einnehmen. —

Doch was Lenz bei dem Besitzerwerbe der Immobilien und der ihnen gleichgestellten Mobilien mit der einen Hand nimmt, das giebt er wenigstens zum Theil mit der andern Hand zurück. Da er das Bewußtsein von der Sache, und in Folge dessen die Besichtigung verlangt, so lehrt er noch immer, es sei eine gewisse räumliche Nähe des Apprehendenten nothwendig, zwar nicht die unmittelbare Gegenwart (wie nach Savigny), aber immer doch etwas dem Aehnliches, nämlich eine solche Nähe, daß die Grenzen resp. die Sache selbst überschaut werden können. Ein Stück Corpus, wenn auch ein sehr verflachtes, hält er also noch immer für nothwendig. Völlig aufgegeben aber ist von ihm das Corpus, sobald es sich um die Besitzesfortsetzung handelt; er verwirft die Savigny'sche Reproduction der Möglichkeit, auf die Sache einzuwirken und Andre davon auszuschließen, und er zieht es vor, den Willen ganz in dem gemeinen Wortsinn zu interpretiren, alles körperliche Element, ohne das er doch im Anfang seiner Abhandlung den Willen nicht denken konnte, im weiteren Fortgange daraus zu entfernen. „Wo es keiner besonderen Vorkehrungen für die Verwirklichung unsres Besitzwillens bedurfte, wo unser Wille an sich zum Erwerb ausreichte, da kann der Verlust des Besitzes gleichfalls nur mit unsrem Willen eintreten"[21]). Das ist der Ausgangspunct von Lenz: ein Trugschluß sonder Gleichen; denn es kann doch, nachdem ich meinen Willen auf das Grundstück gerichtet, ein Andrer den gleichen Willen annehmen, und weshalb der ältere Wille dem jüngeren vorgehen soll, ist gar nicht

21) S. 238.

einzusehen; ich weiß freilich auch keinen Grund anzugeben, weshalb der jüngere vorgehen soll; das liegt aber daran, daß ein solcher Wille überhaupt nichts Meß- und Wägbares ist, weil er alles Inhalts entbehrt. Lenz aber kommt vermöge dieses Trugschlusses dahin, den Satz, daß der Grundstücksbesitz nicht in der Abwesenheit des Besitzers und nicht ohne dessen Willen verloren gehen kann, nicht als positive Vorschrift, sondern (wie Kierulff) als reine Rechtsconsequenz hinzustellen[22]); ja er dehnt dies selbstverständlich noch auf die säulenartigen Mobilien aus, und läßt nur eine Ausnahme gelten, wenn sie von der Stelle geschafft werden[23]). — Die nothwendige Consequenz aller dieser Behauptungen ist denn die völlige Unterhöhlung des Besitzbegriffes, die zuletzt in dem Satze gipfelt, daß auch der gewaltsame Besitzer bloß einen Scheinbesitz habe, weil er ja doch im Interdict unterliege; „der Dejectus verliere den Besitz nur naturaliter und corporaliter, er behalte ihn hingegen civiliter"[24]). Da haben wir denn also eine Erneuerung der Ansicht von Placentin und Bassianus, die Bruns[25]) eine „abenteuerliche Theorie" nennt!

Ich referirte bisher bloß Lenz' Ansicht bei Immobilien und den säulenartigen Mobilien. Bei den übrigen Mobilien genügt nach Lenz nicht der bloße Wille, „wir müssen sie vielmehr in Sicherheit bringen, unter unsre Obhut nehmen, oder, um den quellenmäßigen Ausdruck zu gebrauchen, sub custodia nostra haben"[26]). Lenz scheidet dann eine Be-

22) S. 204 ff.

23) S. 251 f.

24) S. 249 f. S. 246.

25) Bruns, Besitz im Mittelalter S. 107 f.

26) S. 184.

wachung (subjective Custodia) und objective Veranstaltungen (obj. Cust.). Was die erstere ist, ist klar; von letztern aber bemerkt Lenz: „allgemeine Regeln lassen sich darüber nicht geben, da sich die Beschaffenheit der zu treffenden Vorkehrungen nach der Verschiedenheit der Besitzobjecte selber richtet, und danach in jedem einzelnen Fall zu bemessen wie zu beurtheilen ist"[27]. Daß hieraus Niemand über die Art der Sicherheitsmaßregeln sich unterrichten kann, liegt auf der Hand; Beispiele hat Lenz nur spärlich angeführt; er meint[28], Speicher müßten verschlossen gehalten werden, und interpretirt die Fragmente, die von der Schlüsselübergabe handeln, dahin, daß die Schlüssel nicht etwa zum Oeffnen des Speichers übergeben werden, nein, zum Verschließen; — Alles dies, trotzdem es in l. 74 de contr. emt. 18, 1 heißt: etsi non aperuerit horrea. Und sodann meint er[29]: das Wild in einem Vivarium, die Fische in einer Piscina besitzen wir, weil wir sie in künstliche Anstalten versetzt haben; Anstalten, die der Natur ihr Dasein verdanken, genügen nicht zum Besitzerwerb, selbst wenn wir z. B. einen Wald so eingehegt haben, daß das Entweichen des Wildes verhindert wird. Ich gestehe, daß ich den Zusammenhang nicht einsehe; ich kann nicht finden, weshalb eine künstliche Anstalt eine objective Sicherheitsmaßregel sein soll, die natürliche hingegen nicht.

Ich betone dies um so mehr, als ich im Nachfolgenden gleichfalls allen Besitz an Mobilien (auch an den säulenartigen) auf Custodia gründen werde, und über die Gleichheit des Wortes die Differenz in der Sache ihre rechte Schärfe

27) S. 198.

28) S. 199 ff.

29) S. 210 f.

verlieren könnte. Die Custodia nach Lenz'scher Auffassung ist eine Sicherheitsmaßregel, eine Vorkehrung u. s. w., die mit jedem Besitzobjecte wechselt, die also zu einem bloßen Namen herabsinkt; die Custodia, wie ich sie verstehe, ist bei allen Mobilien von einem bestimmten, überall sich gleich bleibenden Inhalt.

2. §. 2. Meine praktische Differenz von Savigny.

Die Kritik der Lenz'schen Opposition gegen Savigny sollte eine Rechtfertigung meiner nachfolgenden Abhandlung sein. Auch ich will im Nachstehenden Savigny's Theorie entgegentreten; ich mußte zuerst zeigen, daß Lenz's Angriff nicht gelungen und eine erneute Prüfung nicht überflüssig sei. Das einzige Verdienst Lenz' liegt m. E. darin, daß er das Wort custodia als einen allgemeinen, also als technischen Ausdruck erkannt hat; was aber Custodia ist, davon hat er — ich habe die Zeugnisse beigebracht — kein Verständniß; sie ist bei ihm ein bloßes Wort geblieben.

An Savigny's Theorie muß man meiner Ansicht nach Zweierlei aussetzen:

1. daß sie keine bestimmten Principien für den Besitzerwerb an Mobilien an die Hand giebt. Je öfter ich seine Entwicklung §. 14 ff. lese, um so mehr ergreift mich die Bewunderung seiner Disposition und Diction; denn nur diesen ist es zu verdanken, daß die Schwäche der Argumentation unbemerkt blieb. Zuerst bekämpft Savigny die damals verbreitete Annahme der symbolischen Besitzergreifung; historische und practische Argumente bringt er in Fülle dagegen bei und erweist sie in ihrer ganzen Richtigkeit. Dann wendet er sich zu dem Beispiel des Menschen, der ein Stück Geld in

der Hand hält, stellt ihm denjenigen, der es neben sich liegen hat, zur Seite, denjenigen, der mit Stricken gebunden ist, gegenüber, und aus diesen drei Beispielen abstrahirt er, daß zur Besitzergreifung die Möglichkeit, auf die Sache unmittelbar einzuwirken und jede fremde Einwirkung auszuschließen, gehöre. Es ist nicht auffallend, daß zu dieser Regel jede Quellenstelle, einzeln für sich betrachtet, paßt; denn dieselbe ist so allgemein gehalten und entbehrt so sehr jedes concreten, scharf begränzten Gedankens, daß das Verschiedenste darunter Platz findet. Denn man erwäge: wie mannigfach ist die Einwirkung auf ein und dieselbe Sache, wie mannigfach bei Sachen, die unter einander verschieden sind; was aber gar soll man unter der Möglichkeit einer Einwirkung verstehen! Oder unter der Möglichkeit, die fremde Wirkung auszuschließen! Das Schlüpfrige der Definition gewahrt man erst, wenn man die einzelnen Quellenbeispiele mit einander vergleicht; da ist denn manches Verhältniß hier eine Möglichkeit, was dort diesen Charakter nicht hat. Savigny selbst hat sich dies nicht verhehlt, und er hat die Verschiedenheiten dadurch auszugleichen versucht, daß er hinzufügte, es müsse die Möglichkeit, auf die Sache einzuwirken, eine unmittelbare, gegenwärtige sein, so daß daraus „das Bewußtsein physischer Herrschaft" hervorgehe. Allein was ist damit gewonnen? Mir scheint, bloß ein neuer Ausdruck für ein unbestimmtes Wesen, ein neuer Versuch, etwas zu beschreiben, anstatt es zu bestimmen, die Angabe eines neuen Merkmals anstatt einer begrifflichen Erklärung. Man vergleiche nur die einzelnen Beispiele in §. 18 bei Savigny, und lege an sie den von Savigny gegebenen Maßstab an!

Man vergesse nicht, daß die Besitzergreifung in den meisten Fällen eine klare Thatsache ist, und daß der Regel nach keine besondere juristische Bildung dazu gehört, um sie festzu-

stellen. Um so mehr darf man an die Jurisprudenz das Verlangen stellen, in denjenigen Fällen, wo die schlichte Einsicht des Laien nicht ausreicht, genau bestimmte, nach allen Seiten hin begrenzte Regeln aufzustellen. Dieser Anforderung hat aber Savigny nicht genügt; noch immer dauert daher die Controverse fort, ob durch Schlüsselübergabe oder durch Uebersendung des Connossements der Besitz übergehe, und wenn der Streit sich bisher auf diese Fälle beschränkt hat, so liegt es einerseits daran, daß unsere Praxis zu wenig mannigfaltig gewesen ist, andererseits daran, daß man sich mit einer falschen Interpretation der Quellen gar zu häufig begnügt hat; ich komme hierauf noch in diesem Paragraphen zurück. Aber auch durch die Theorie geht das Gefühl, daß Savigny's Grundsatz nicht genügend ist; man vermißt an ihm die nothwendige Bestimmtheit und recurrirt immer mehr auf die in den Quellen angeführten Beispiele als auf die daraus von Savigny abgeleitete Abstraction. Noch der neueste Pandectist, Windscheid [30]), dessen Werk sich eben so sehr durch sinnige Combination als durch Gründlichkeit auszeichnet, bemerkt, nachdem er (allerdings mit einer Modification) Savigny's Grundsatz adoptirt hat, daß eine bestimmtere Vorschrift sich nicht geben lasse, und daß im concreten Falle das richterliche Ermessen eintreten müsse, welches in den einzelnen Entscheidungen der Quellen seine Anhaltspunkte finden werde.

2. Mein zweiter Einwand gegen Savigny besteht darin, daß er für die Ergreifung des Besitzes andre Regeln aufstellt als für dessen Fortsetzung. Ich kann dies bloß als eine Ausnahme bei Sclaven, Thieren mit consuetudo revertendi und in dem Falle zugeben, wenn Jemand vorübergehend das Grundstück verläßt, also nur bei Immobilien

---

30) Pand. S. 380 N. 4.

und nur bei vorübergehender Entfernung (s. unten §§. 8, 10, 11); und diese Ausnahmen sind von den Römern klar erkannt und als Ausnahmen hingestellt worden. Wie sollte es auch der Regel nach anders sein, ohne den Charakter des Besitzes aufzugeben? Man mag den favor retinendae possessionis noch so hoch anschlagen (und ich leugne ihn, wie schon die eben von mir angeführten Ausnahmen beweisen, nicht): dahin durfte er nimmermehr führen, daß an Stelle der einen Regel eine andre gesetzt wurde; er darf sich nur in der Aufstellung reiner Ausnahmefälle zeigen (wie die Fortdauer des Besitzes an Sclaven, Thieren mit consuetudo revertendi, an Immobilien bei vorübergehender Abwesenheit des Besitzers solo animo), oder in der (je nach dem Bedürfniß) bald laxeren, bald strengeren Interpretation der Thatsachen im concreten Falle (wie z. B. der Satz, daß, wer solo animo ein Grundstück besitzt, den Besitz behält, auch wenn er wahnsinnig wird[31])).

Aber freilich, für Savigny war die Nothwendigkeit vorhanden, jenen Gegensatz zwischen der Besitzergreifung und -erhaltung zu statuiren. Es hängt dies unmittelbar mit seiner falschen Formulirung der Apprehension zusammen. Ich habe unter 1 ausgeführt, weshalb er sie als unmittelbare und gegenwärtige Möglichkeit der Einwirkung faßte; diese konnte bei der Fortsetzung des Besitzes nicht aufrecht erhalten werden, also

31) l. 27 de poss. 41, 2. Bruns in Jahrb. für gem. R. 4, 39 ff. scheint die Sache ebenso zu betrachten, und er stellt deshalb gerade die Einzelfälle zusammen, in denen der favor retin. poss. besonders klar anzuschauen ist; er hat sich freilich dadurch den Unwillen von Lenz zugezogen, der ja den Besitz an Immobilien auf den reinen Willen (ohne alles Corpus) stützt, u. dessen „objective Sicherheit", die er bei Mobilien verlangt, so elastisch ist, daß darunter freilich die extremsten Dinge Platz haben, und der Gedanke an die Begünstigung des Besitzes überflüssig wird.

gab sie Savigny auf und gelangte von selbst zu jener Gegenüberstellung. Zwar meinte er in den Quellen selbst ein Zeugniß zur Rechtfertigung seiner Ansicht zu finden [32]; nach l. 3 §. 3 h. t. nämlich erwirbt der Grundstücksbesitzer den Besitz des Vergrabnen erst, wenn es an die Oberfläche gebracht ist, während nach l. 44 pr. h. t. derjenige, der es vergraben hat, den Besitz behält, trotzdem es unter der Erde ist. Ich werde indeß später in §. 7 zeigen, daß der Grund dieser entgegengesetzten Entscheidungen keineswegs darin zu suchen ist, daß es sich in der ersten um den Erwerb, in der zweiten um die Fortdauer des Besitzes handelt. Vorläufig mag es genügen, wenn ich dem Savigny'schen Quellenzeugniß ein anderes gegenüberstelle:

l. 3 §. 14 h. t.: Item feras bestias, quas vivariis incluserimus, et pisces, quos in piscinas conicerimus, a nobis possideri. Sed eos pisces, qui in stagno sunt, aut feras, quae in silvis circumseptis vagantur, a nobis non possideri, quoniam relictae sint in libertate naturali; alioquin etiamsi quis silvam emerit, videri eum omnes feras possidere, quod falsum est.

Denn hier ist schlechthin von der Dauer (nicht Fortdauer) des Besitzes die Rede, d. h. von seinem Anfang und von seinem Ende, und für Beides gelten dieselben Erfordernisse: iucludi vivariis, conjici in piscinas. Ueberdies steht der §. 14 an einer Stelle, wo Paulus von dem Verlust des Besitzes an Mobilien handelt (s. unten §. 6), und dennoch bezieht sich der Schlußsatz (von alioquin etiamsi . . an) auf die Ergreifung des Besitzes. Das Alles hat doch nur dann Sinn, wenn zwischen den Erfordernissen der Ergreifung

---

32) S. 270 N. 1.

und der Fortdauer des Besitzes an Mobilien kein Unterschied besteht.

Auch der Umstand, daß in dem bekannten Fragmente von Paulus[33]) zum Besitzverlust verlangt wird, daß animus und corpus (utrumque) in contrarium actum sei, spricht nicht für Savigny; ich habe in meinen Gesammtrechtsverhältnissen S. 94 f. gezeigt, daß jenes Fragment bloß eine Uebertreibung der Regel ist: nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est[34]), und als Uebertreibung eine Unrichtigkeit enthält. Beweis dafür ist, daß außer Paulus kein Jurist den Besitzverlust an das in contrarium actum esse knüpft, und daß Paulus utrumque in contrarium actum esse verlangt, während doch feststeht, daß der Besitz sowohl animo als corpore verloren gehen kann[35]).

Um jedoch von Anfang an den Beweis zu liefern, daß meine Polemik gegen Savigny nicht ohne praktische Resultate sein werde, will ich schon jetzt, noch bevor ich die Grundsätze dargelegt, auf welche ich die Ergreifung und Erhaltung des Besitzes zurückführe, einige Quellenzeugnisse citiren, deren Entscheidungen mit Savigny's Theorie durchaus nicht harmoniren. Ich bemerke dabei, daß, wenn ich meine Ansicht entwickelt haben werde, sich noch weitere praktische Differenzen ergeben werden; auf jene Quellenzeugnisse berufe ich mich nur deshalb, weil ihr Gegensatz zur Savigny'schen Lehre ganz augenscheinlich ist.

---

33) l. 153 de r. j. 50, 17. l. 8 de poss. 41, 2.

34) l. 35. l. 100 de v. j. 50, 17. S. ferner l. 80 de sol. 46, 3. l. 46 de poss. 41, 2 u. unten §. 11.

35) Denn die Savigny'sche Erklärung des utrumque, so fein sie ist, ist um des Zusammenhanges der Lex willen nicht haltbar, s. meine Gesammtrechtsverhältnisse a. a. O.

I. Die l. 55 acq. dom. 41, 1 (Proculus l. 2 epistol.) lautet:

> In laqueum, quem venandi causa posueras, aper incidit; quum eo haereret, exemtum eum abstuli, num tibi videor tuum aprum abstulisse, et si tuum putas fuisse, si solutum eum in silvam dimisissem, eo casu tuus esse desiisset, an maneret? Respondit: laqueum videamus, ne intersit in publico an in privato posuerim; et si in privato posui, utrum in meo an in alieno; et si in alieno, utrum permissu ejus, cujus fundus erat, an non permissu ejus posuerim; praeterea utrum in eo ita haeserit aper, ut expedire se non possit ipse, an diutius luctando expediturus se fuerit. Summam tamen hanc puto esse, ut si in meam potestatem pervenit, meus factus sit; sin autem aprum meum ferum in suam naturalem laxitatem dimisisses, eo factus meus esse desiisset et actionem mihi in factum dari oportere, veluti responsum est, cum quidam poculum alterius ex nave ejecisset.

Ueber diese Entscheidung läßt sich Savigny bloß beiläufig und sehr kurz vernehmen, doch ist seine Ansicht nicht zweifelhaft. Auf S. 248 führt er im Text aus, daß, wer ein Wild verfolgt, noch nicht dessen Besitz habe, obgleich er ihm sehr nahe sei; ja selbst, wenn er es tödtlich verwundet, gelte dasselbe, weil er noch auf vielerlei Weise verhindert werden könne, es zu fangen. Hiezu bemerkt er in der Note: „nach denselben Grundsätzen entscheidet einen andern aber ähnlichen Fall die l. 55 de acq. dom.; die Entscheidung liegt in den Worten: ut si in meam potestatem pervenit, meus factus sit.“ Ich glaube nicht zu irren, wenn ich Savigny's Interpretation von l. 55 also auffasse: der Eber ist nicht eher in

den Besitz und das Eigenthum des Jägers gelangt, als bis letzterer an die Schlinge herangetreten ist; denn so lange dies nicht der Fall, könnte der Eber noch von irgend Jemandem gelöst werden. Dieser Ansicht scheinen auch spätere Schriftsteller, z. B. Kierulff[36]) und Puchta[37]) zuzustimmen. Dagegen scheint Böcking anderer Meinung zu sein; denn er schreibt[38]): „So ist wohl auch das in meine Schlingen oder Fallen gerathene Thier, die herrenlose Sache, schon in meinem Besitze, wenn ich nur die Einfangung erfahren, und diese vollständig ist, so daß sich das Thier nicht etwa beim Herausnehmen noch frei machen kann." Eine ganz eigenthümliche Ansicht aber ist von Lenz[39]) aufgestellt worden; er meint, der Schlingensteller habe in dem Augenblicke, wo der Eber festsaß, zwar das Eigenthum erworben, der Besitz aber mangle ihm so lange, bis er das Thier herausgenommen oder sich zu demselben hinbegeben habe; erst dann habe er die nöthige Vorbedingung der Besitzergreifung, das Bewußtsein der Sache, erfüllt.

Zuerst will ich mich mit Lenz' Interpretation beschäftigen. Er ist sich seiner „Ketzerei" wohl bewußt und tröstet sich damit, daß „es auf eine Häresie mehr oder weniger in einem durchweg uncanonischen Buche doch nicht ankommt." Ich fürchte aber, daß diese Interpretation nicht sowohl ketzerisch und uncanonisch als vielmehr irreligiös, nicht sowohl unkirchlich als vielmehr unjuristisch erscheint. Bindet nicht Gaius in l. 3 §. 2 de acq. dom. 41, 1 das Eigenthum an wilden Thieren an die „custodia", und wird nicht dieselbe „custodia" von Nerva und Paulus in l. 3 §. 14 sq. de acq. poss.

36) S. 385 N. *) gegen Ende.
37) Kl. civ. Schr. S. 431.
38) Pand. §. 124 in der N. 32.
39) S. 271 ff.

41, 2[40]) für die Grundlage des Besitzes erklärt? Und ist es nicht in der Natur der wilden Thiere begründet, daß Besitz und Eigenthum Hand in Hand gehen, daß Beides zusammensteht und fällt? Aus demselben Grunde, aus welchem Luft, Meer, fließendes Wasser, Meeresgestade res omnium communes sind, hat das Eigenthum an wilden Thieren den Besitz zu seiner Voraussetzung; es ist die Macht der Thatsache, welche in beiden Rechtssätzen ihre Anerkennung gefunden hat, der Thatsache, daß, was rechtlich dem Menschen unterworfen sein soll, auch physisch von ihm gebändigt werden muß. Daher fällt selbst das aus unserm Eigenthum, was ein wildes Thier uns geraubt: quis denique manere nostrum dicit, quod avis transvolans ex arca aut ex agro nostro transtulit, aut quod nobis eripuit? (l. 44 de acq. dom. 41, 1).

Dieser Glaube, daß die jetzige römische Jurisprudenz in vielen Fällen das Eigenthum mit Unrecht an die Besitzergreifung knüpfe, zieht sich durch das ganze Lenz'sche Buch[41]). Dies giebt mir Veranlassung, auf eine Constitution einzugehen, welche weder Savigny noch Lenz richtig interpretirt hat und welche von Savigny in die Lehre vom Besitz hereingezogen, von Germanisten[42]) sogar auf das Connossement oder die Factur übertragen worden ist; ich meine die l. 1 C. de don. 8, 54:

> Emtionum mancipiorum instrumentis donatis et traditis, et ipsorum mancipiorum donationem et tra-

---

40) Denn das vivarium und die piscina sind die Custodia der wilden Thiere und Fische; s. die ausführliche Darstellung unten in §§. 5. 8; vorläufig vergl. l. 62 §. 1 de usufr. 7, 1: Si vivariis inclusae ferae in ea possessione custodiebantur...

41) Vgl. S. 73. 74 in der Note. S. 210 N. 2. S. 203 N. 1.

42) S. Thöl, Handelsrecht I §. 80 und die dort N. 15 citirten Schriftsteller (erste Aufl.).

ditionem factam intelligis; et ideo potes adversus donatorem in rem actionem exercere (Severus et Antoninus).

Auch in dieser Lex, erklärt Lenz[43]), sei durch die Uebergabe der Kaufbriefe zwar das Eigenthum übergegangen, nicht aber der Besitz. Savigny hingegen supplirt die Anwesenheit der Sclaven bei der Uebergabe der Kaufbriefe[44]) und bringt so den Uebergang des Besitzes und Eigenthums zu Wege. Kierulff[45]) stimmt ihm wiederum bei, ebenso Windscheid[46]); Böcking aber scheint wiederum Widerspruch einlegen zu wollen, denn er bemerkt höchst vorsichtig[47]): „Auch l. 1 C. de don. bezieht Savigny hierher.“ Geben wir es Savigny zu, daß in einem Rescripte die thatsächlichen Verhältnisse nicht genau angegeben zu werden brauchen, und daß also die Supplirung der Gegenwart der Sclaven bei der Uebergabe der Kaufbriefe nichts Unzulässiges enthält! Aber vergessen wir auch nicht, daß es sich um Schenkung von res mancipi (Sclaven) handelt, daß der Beschenkte nach dem Schlußsatz des Rescripts die Reivindicatio gegen den Schenker hat, und daß endlich das Rescript von Severus und Antoninus herrührt, d. h. aus einer Zeit, wo die l. Cincia noch in vollem Maße galt! Wie dürfte damals eine Schenkung von Sclaven durch bloße Tradition perficirt worden sein? Das wahre Verständniß der Lex scheint mir vielmehr folgendes zu sein.

---

43) S. 203 N. 1. In seinen Studien und Kritiken S. 176 f. hat Lenz eine andere Ansicht entwickelt, die aber noch weniger richtig ist.

44) S. 245 f.

45) S. 383 N. **).

46) Pand. §. 153 N. 6.

47) Pand. S. 462 N. 33 a. E.

Antoninus Pius hatte die Verordnung getroffen, daß Schenkungen unter Eltern und Kindern von aller Förmlichkeit, selbst vorr denen des vorcincischen Rechts, entbunden sein sollten [48]). Dieser Verordnung gedenkt Paulus in seinen sent. rec. 4, 1 §. 11:

> Filio quibuscunque verbis a patre fideicommissum relictum jure debetur; sufficit enim inter conjunctas personas quibuscunque verbis, **ut in donatione,** voluntas expressa,

sowie auch mehrere Constitutionen des Theodosianischen Coder:

l. 4 C. Th. de don. 8, 12: Juxta divi Pii instituta valere donationes placet inter liberos et parentes, in quocunque solo et cujuslibet rei liberalitas probabitur exstitisse, licet neque mancipatio dicatur neque traditio subsecuta, sed nuda tantum voluntas claruerit, quae non dubium consilium teneat nec incertum, sed judicium animi tale proferat, ut nulla quaestio voluntatis possit irrepere...

l. 5 eod.: ... salvo tamen juris privilegio, quod liberis et parentibus suffragatur, scilicet ne traditionis vel mancipationis solennitas sit necessaria.

l. 7 eod.: Cum genitoris mei scitis evidenter expressum sit, nullam donationem inter extraneos firmam esse, si ei traditionis videatur deesse solennitas, et idem hujusmodi necessitatem

---

48) Rudorff, Röm. Rechtsg. I § 22 N. 14.

liberis tantum ac parentibus relaxavit, in omnibus deinceps observari negotiis oportebit, ut donatio inter extraneos minus firma judicetur, si jure mancipatio et traditio non fuerit impleta.

Supponiren wir nunmehr, daß der Anfragende der Sohn oder Vater des Schenkers gewesen, so sind alle oben aufgeworfenen Bedenken erledigt; dann kam es nach l. 4 cit. lediglich darauf an, daß ein sicherer, unzweifelhafter Schenkungswille vorhanden war; den fanden die Kaiser in der Uebergabe der Kaufbriefe; der genügte zur Perfection der Schenkung, d. h. zur unwiderruflichen Uebertragung des Eigenthums; die Besitzesfrage war damit noch gar nicht entschieden; zwar heißt es: „et ipsorum mancipiorum donationem et traditionem factam intelligis"; diese traditio ist wohl aber nicht technisch als Uebergabe, sondern als Uebertragung zu verstehen, sonst wäre traditionem wohl vor donationem gesetzt worden; der Hauptpunkt ist offenbar die Erwerbung des Eigenthums und die daraus hervorgehende Reivindicatio.

Man verzeihe diese Abschweifung; sie findet ihre Rechtfertigung darin, daß Savigny die l. 1 C. cit. als Zeugniß für seine Apprehensionstheorie benutzt und daß Lenz sie in Zusammenhang mit l. 55 cit. gesetzt hat. Beides ist unrichtig.

Ich kehre demnach zu dieser l. 55 zurück. Meine jetzt noch übrigbleibenden Gegner beziehen sie sämmtlich auf den Erwerb des Besitzes, und erst mittelbar auf den des Eigenthums. Nur weichen sie darin ab, daß Savigny und seine Anhänger die Annäherung eines Schlingenstellers an die Schlinge für nothwendig halten, während Böcking dies für überflüssig erklärt.

Dem unbefangenen Leser der Lex fallen sofort die mannigfachen Fragen auf, welche der Jurist aufwirft. Was

haben sie für eine Bedeutung? Darin liegt der Schlüssel der richtigen Interpretation, und eben darin gehen die Schriftsteller aus einander. Voet erklärte sie alle ausdrücklich für unnütz und überflüssig[49]; ebendasselbe geschieht Seitens Savigny's, wenn auch nicht ausdrücklich, und Seitens Lenz', nach dessen Ansicht der Jurist „selbstgemachte, auf scheinbaren Zweifelsgründen beruhende Einwendungen leicht hinwirft, ohne eine pedantische, schulmeisterliche Widerlegung für nöthig zu halten." — Böcking hält offenbar die letzte aufgeworfene Frage (ob der Eber auch wirklich in der Schlinge festsaß) für erheblich; dasselbe geschah schon vor ihm Seitens Giphanius'[50]. Cujacius[51] endlich, Roodt[52] und Chesius[53] nehmen an, daß Proculus die Entscheidung des Falles von allen aufgeworfenen Fragen abhängig mache, und daß der Jäger dann Eigenthum erwerbe, wenn

1) die Schlinge auf eignem Boden oder zwar auf fremdem, aber mit Erlaubniß des Eigenthümers aufgestellt war;
2) und wenn der Eber sich festgefangen hatte.

Meines Erachtens ist nicht daran zu zweifeln, daß die Interpretation von Cujaz, Roodt und Chesius die allein richtige ist.

Die Entscheidung ist ein Responsum; es kam also auf Belehrung des Anfragenden an. Nimmt man nun mit

---

49) Comm. ad. l. 41 tit. 1 §. 4 (ed. Col. 1769 p. 599). Uebrigens weicht er dennoch von Savigny ab; er hält nämlich nicht für nothwendig, daß der Schlingensteller sich dem Eber nähere, sondern nimmt den Besitz schon ohnedies für erworben an, selbst wenn der Eber nicht ganz festsaß.

50) Lect. Alt. p. 383 sq. (ed. Francof. v. 1605).

51) Obs. l. 4 c. 2 (ed. Neap. 3, 90).

52) Probab. l. 2 c. 6 §. 3 (ed. Col. 1732 p. 39).

53) Interpr. j. c. l. 1 c. 36 bei Heineccius, Jurispr. Rom. et Att. 2, 184.

Voet-Savigny-Lenz an, daß alle vom Juristen aufgeworfene Fragen überflüssig seien, und daß lediglich die Worte „summam tamen hanc puto esse“ u. s. w. betont werden müssen, so hatte der Jurist eine ganz nichtssagende Antwort ertheilt; woraus sollte der Anfragende entnehmen, ob der Eber in die potestas des Schlingenstellers gekommen sei oder nicht? Gerade das, die Würdigung der Thatsachen und ihre Subsumirung unter die Rechtsbegriffe, erbat sich der Anfragende vom Juristen. In der That: ist jene Interpretation richtig, so wußte der Anfragende weder vor noch nach ertheiltem Responsum, wer im Rechten sei.

Giphanius-Böcking sind offenbar auf halbem Wege stehen geblieben; läßt man sich überhaupt auf die vom Juristen aufgeworfenen Fragen ein: weshalb sollte dann bloß die letzte von Erheblichkeit sein? Nirgends deutet der Jurist an, daß die eine Frage mehr Werth habe als die andere.

Man muß also mit Cujacius, Noodt und Chesius annehmen, daß Proculus die Entscheidung des Falles von allen aufgeworfenen Fragen abhängig machen wollte. Sein Gedankengang ist offenbar folgender: Nach natürlichem Recht wird Besitz und Eigenthum an res nullius durch Occupation erworben; bei wilden Thieren hat die Occupation den Charakter der Bändigung der in der Bestie vorhandeuen Naturkraft, man muß also die Gewalt über sie erlangen:

> summam tamen hanc puto esse, ut, si in meam potestatem pervenit, meus factus sit . . .

Wovon hängt das Gewinnen der Gewalt ab? Von zwei Umständen:

1) von dem Orte, wo das Thier gefangen ist; dieser Umstand bezieht sich auf das Verhältniß des Schlingenstellers zu andern Menschen;

2) von dem Umstande, ob das Thier auch wirklich der natürlichen Freiheit beraubt ist; dieser Umstand bezieht sich auf das Verhältniß des Schlingenstellers zu dem gefangenen Thiere.

Was den Ort betrifft, so ist ein locus publicus niemals geeignet, dem Schlingensteller die Gewalt zu verschaffen, denn weil hier Jedem der freie Zutritt offen steht, und weil Niemandem erlaubt ist, auf öffentlichen Orten etwas niederzulegen, so kann man dem Schlingensteller unmöglich eine größere Gewalt über das gefangene Thier zuschreiben als jedem Andern, d. h. eben keine Gewalt. Nothwendig ist also ein locus privatus, aber auch unter diesen genügt nicht ein jeder, sondern nur entweder der eigne des Schlingenstellers oder ein fremder, wenn die Erlaubniß vom Eigenthümer ertheilt worden ist; denn nur unter Voraussetzung dieser Erlaubniß ist dem Schlingensteller der freie Zutritt gestattet, und erst dann die Gewalt erworben. Was ferner die Aufhebung der natürlichen Freiheit betrifft, so kommt es auf die Stärke der Schlinge, ihre Anlage, kurz auf alle die Umstände an, die da bewirken, daß das Thier sich nicht herausarbeiten kann; denn wo dieses möglich ist, ist das Thier niemals seiner persönlichen Freiheit beraubt gewesen.

Ich bin von dem Text der Lex nur darin abgewichen, daß ich das Princip an die Spitze stellte, und die daraus sich ergebenden Folgesätze erst hierauf entwickelte, während der Jurist den umgekehrten Weg eingeschlagen hat. Daraus wird man hoffentlich keinen Vorwurf gegen meine Interpretation begründen. Nun sind noch drei Umstände hervorzuheben.

a. Die Schlinge ist in einem Walde aufgestellt gewesen, (si solutum eum in silvam dimisissem), wie denn auch Eber nur in Wäldern gefangen werden; der Jurist nimmt hierauf später keine Rücksicht, er braucht im Gegentheil das Wort

fundus (et si in alieno, utrum permissu ejus, cujus fundus erat). Daraus folgt, daß der Jurist die Größe des Ortes, wo die Schlinge aufgestellt war, für unerheblich hält, vorausgesetzt, daß das Thier der natürlichen Freiheit beraubt ist.

b. Der Schlingensteller ist bei dem Eber niemals gegenwärtig gewesen; der Jurist spricht nicht davon, und wäre es der Fall gewesen, so hätte schwerlich ein Dritter die Möglichkeit gehabt, den Eber zu befreien.

c. Bei der Besitzergreifung von Sachen, welche nicht wilde Thiere sind, kann es auf den oben S. 66 sub 2 aufgeführten Umstand nicht ankommen, sondern nur auf den Ort, auf welchem die Sache lagert.

Und nun vergleiche man mit diesen drei Folgerungen die Savigny'sche Theorie!

Bei der Erhaltung des Besitzes an wilden Thieren bemerkt Savigny ausdrücklich, daß der Grund, weshalb das Wild und die Fische in den vivaria und piscinae, nicht aber in silvae circumseptae besessen werden, lediglich in dem größern oder geringern Umfang dieser Oertlichkeiten zu suchen sei [54]). Was von der Erhaltung des Besitzes, gilt selbstverständlich von der Ergreifung. Nach Savigny ist demnach die Besitzergreifung des wilden Thieres im Walde nur denkbar, wenn der Schlingensteller gegenwärtig ist; aber gerade diese Gegenwart ist nach der Entscheidung in l. 55 nicht nothwendig. — Und ebenso ist nach Savigny die Besitzergreifung an leblosen Dingen nur durch körperliches Berühren, Gegenwart bei der Sache oder Niederlegen im Hause möglich; unsere Folgerung sub c. zeigte, daß es auch eine Besitzergreifung giebt, trotzdem jede dieser drei Bedingungen nicht erfüllt ist.

---

54) S. 401 N. 1.

II. Die l. 3 §. 14 de poss. 41, 2 bestätigt die sub I entwickelten Grundsätze. Sie lautet:

> Item feras bestias, quas vivariis incluserimus, et pisces quos in piscinas conjecerimus, a nobis possideri. Sed eos pisces, qui in stagno sunt, aut feras, quae in silvis circumseptis vagantur, a nobis non possideri, quoniam relictae sunt in naturali libertate; alioquin etiamsi quis silvam emerit, videri eum omnes feras possidere; quod falsum est.

Es ist soeben bemerkt worden, in welcher Weise Savigny diese Fragmente auffaßt; er will auf die Größe des Ortes gesehen wissen, in welchem die Thiere sich aufhalten; sind sie z. B. in einem Thierpark oder See, so hänge es nicht von dem Willen des Menschen, sondern von vielen Zufällen ab, ob er das Thier wirklich fängt, wenn er will; anders wenn sie in einem Fischkasten oder in einem Zwinger eingeschlossen sind, weil sie nun in jedem Augenblick ergriffen werden können.

Es ist festzuhalten, daß Savigny das vivarium mit einem Zwinger, die piscina mit einem Fischkasten, die silva circumsepta mit einem Thierpark übersetzt; daraus läßt sich absehen, wie groß ungefähr nach Savigny der Ort sein muß resp. darf, wenn die darin befindlichen Thiere besessen werden sollen; er wird offenbar nur sein dürfen „ein einzelnes Stück Landes von beschränktem Umfang, das mit einem Blick übersehen werden kann"[55]. Wie nun, wenn ich nachweise, daß das vivarium[56] und die piscina keineswegs Zwinger

---

55) Savigny S. 273 a. E.

56) Columella und andere römische Schriftsteller brauchen dieses Wort auch von Fischen; und im heutigen Französisch bedeutet vivier bloß den Fischteich.

und Fischkasten, sondern Thierparks und Fischteiche waren[57])? Dann wären die Grundsätze der l. 3. §§. 14. 15 mit Savigny's Theorie unvereinbar.

Es ist bekannt, daß vivaria und piscinae theils zum Vergnügen theils um des Erwerbes willen gehalten wurden; trotz dieses verschiedenen Zweckes können wir wohl die Nachrichten, welche uns über die einen erhalten sind, auf die anderen übertragen; nur der Zweck war verschieden, die Anlage, Einrichtung u. s. w. blieb bei beiden dieselbe; das geht schon daraus hervor, daß Varro, Columella, Plinius bei der Schilderung derselben die verschiednen Zwecke nicht auseinanderhalten.

Zu dieser Bemerkung veranlaßt mich der Umstand, daß über die Größe einzelner Vivaria und Piscinä, die des Luxus halber gehalten wurden, genaue Nachrichten überliefert sind. Varro[58]) nämlich erzählt, daß man in alter Zeit bloße Hasen züchtete (daher das Vivarium früher Leporarium hieß), und daß dazu ein oder zwei Acker genommen wurden, daß aber zu seiner Zeit Hirsche, Rehe, wilde Schafe und Schweine hineingesetzt wurden, und daß deshalb ein bedeutend größerer Raum dazu verwendet werde; complura jugera maceriis concludunt, schreibt Varro[59]); und ähnlich äußert Columella[60]): hoc autem modo licet

57) Diese Bemerkung macht auch Lenz S. 270, doch ist er den Beweis schuldig geblieben; derselbe soll jetzt oben im Text geführt werden. Lenz stellt als Criterium für den Besitz der wilden Thiere und Fische auf, daß wir sie in eine künstliche Anstalt versetzen, nur hier wissen wir, was wir wollen, und unserm Willen gebricht es nicht an der objectiven Sicherheit; s. oben S. 51. — Ich habe bei meiner obigen Darstellung außer den scriptores rei rusticae die économie politique des Romains par Dureau de la Malle benutzt.

58) de r. r. l. 3 c. 12.

59) de r. r. l. 3 c. 3 §. 8.

60) de r. r. l. 9 c. 1.

etiam latissimas regiones tractusque montium claudere, sicuti Galliarum nec non in aliis quibusdam provinciis locorum vastitas patitur. Q. Fulvius Lupinus besaß ein Vivarium von vierzig Jugera im Tarquinischen, im Statoniensischen aber ein noch größeres; Hortensius hatte eines von über funfzig Jugera im Laurentischen, d. h. im Umfange von fast sechzig preußischen Morgen [61]). Wir können diese Nachrichten auf die Erwerbsvivaria übertragen, namentlich da schon die Art der Thiere eine bedeutende Größe verlangt. Die Schilderung bei Columella stimmt hiermit sehr wohl überein; modus silvae, schreibt er de r. r. l. 9 c. 1, pro cujusque facultatibus occupatur; je größer das Vermögen, um so größer das Vivarium, weil dann der Erwerb um so größer ist; man nimmt dazu eine silva oder ein „vicinum villae nemus“, benachbart deshalb, damit es nicht allzu fern von den Augen des Herrn sei; man legt darin, wenn nicht natürliches Wasser vorhanden ist, auch künstliche Wasserbehälter an; wer freilich bloß des Vergnügens halber ein Vivarium hält, begnügt sich mit dem nächsten Stück Land, wie er es gerade hat.

Nicht minder groß sind die Piscinä gewesen. Ich will nicht von den ungeheuern Einnahmen von Sergius (mit dem

61) Bei dieser Gelegenheit erzählt Varro eine hübsche Anecdote. Er selbst besaß im Tusculanischen ein Vivarium, in welchem Eber und Ziegen durch ein Horn zur Fütterung zusammengerufen wurden. In dem Vivarium des Hortensius aber erhielt die Fütterung einen theatralischen Anstrich (magis τραγικῶς); die Gäste speisten im Vivarium, Hortensius rief einen Sclaven, der als Orpheus gekleidet erschien und die Thiere zusammenblies; da kamen eine solche Menge Hirsche, Eber und andere Vierfüßler herbei, daß das Schauspiel nicht minder schön war, als eines der Aedilen zu Rom. — Bei der Schilderung der Verschwendung, welche mit den Fischen getrieben wurde, ahmt Varro das Ciceronianische Wortspiel (jus Verrinum) nach, indem er schreibt: hos pisces nemo cocus in jus vocare audet (de r. r. 3, 17 §. 14).

Beinamen Orata, Goldforelle) sprechen, oder von dem immensen Preise, welcher für die Villa des Hirrius wegen ihres Reichthums an Murenen gezahlt wurde[62]); denn es ist wahrscheinlich, daß diese Summen nicht aus Einer Piscina, sondern aus sehr vielen erzielt wurde. Ich übergehe aus einem ähnlichen Grunde die Nachricht, daß Lucullus einen Berg bei Neapel durchstechen ließ, bloß um seine Piscinä stets mit frischem Meerwasser zu versehen[63]). Zwei Umstände aber sprechen deutlich für die Größe einer Piscina: einmal die Nachricht bei Varro[64]), daß eine Piscina in mehrere Unterabtheilungen zerfällt, in denen die Fische verschiedener Gattungen vertheilt sind — gerade so wie Pausias und die andern Maler desselben Genres[65]) ihre Farbkasten in Fächer theilen, in denen sie die verschiedenen Farben unterbringen; und zweitens der gute Rath von Columella[66]), wo möglich in der Piscina in verschiedenen Entfernungen Felsen und Klippen anzubringen, damit nämlich die Piscina das Ansehen eines echten Meeres hätte und die Fische nicht merkten, daß sie in einer Piscina seien.

Was endlich die aviaria betrifft, so haben diese selbstverständlich nicht die Ausdehnung der Vivaria und Piscinä gehabt; wie bedeutend sie indeß in ihrem Umfange waren, ersehen wir aus den Mittheilungen Varro's über sein eignes Ornithon in Casinum[67]), und aus seiner Aeußerung: contra,

---

62) S. Varro de r. r. 3, 3 §. 10. 17 §. 3. Columella de r. r. l. 8 c. 16. Plinius h. n. 9, 79—82. Dureau de la Malle vol. 2 p. 209 sq.

63) Pompejus nannte ihn deshalb Xerxes togatus.

64) l. 3 c. 17 §. 4.

65) d. h. in der enkaustischen Malerei, s. den Schneider'schen Commentar zu dieser Stelle p. 586.

66) l. 8 c. 17.

67) l. 3 c. 5 §. 9 sq.

nunc aviaria sunt nomine mutato, quod vocantur ornithones, quae palatum suave domini paravit, ut tecta majora habeant, quam tum habebant totae villae, in quibus stabulentur turdi ac pavones[68]).

Der Gegensatz zwischen vivarium und silva circumsepta, zwischen piscina und stagnum ist wo anders zu suchen. Die Thiere in dem vivarium und in der piscina sind ihrer natürlichen Freiheit beraubt, die in der silva circumsepta und im stagnum genießen dieselbe; das besagt ausdrücklich l. 3 §. 14 in den Worten: sed eos pisces, qui in stagno sunt, aut feras, quae in silvis circumseptis vagantur, a nobis non possideri, quoniam relictae sunt in naturali libertate; und auch die Darstellungen bei Varro und Columella lassen gleichfalls hierüber keinen Zweifel.

Bei beiden Schriftstellern kehren zwei Worte wieder, die auch in unserer l. 3 §§. 14. 15 wiederholt gebraucht werden: die Thiere in jenen Behältern sind inclusa, und deshalb in unserer custodia; Beide bedienen sich dieser Worte gleich bei Beginn ihrer Darstellung:

Varro de r. r. l. 3 c. 3 §. 2: Leporaria te accipere volo non ea, quae tritavi nostri dicebant, ubi solidi lepores sint, sed omnia septa, afficta villae quae sunt, et habent inclusa animalia, quae pascantur. Similiter piscinas dico eas, quae in aqua dulci aut salsa inclusos habent pisces ad villam.

Columella de r. r. l. 8 c. 1: Rursus circa villam ponuntur... nantium volucrum, quae stagnis piscinisque laetantur, aviaria, vel etiam pecudum sil-

68) de r. r. l. 3 c. 3 §. 7.

vestrium, quae nemoribus clausis custodiuntur, vivaria.

Die Beschaffenheit der inclusio setzt Varro als bekannt voraus, er äußert deshalb nur wenige Worte über sie, aber er erwähnt sie doch gleich im Beginn:

l. 3 c. 12 §§. 2. 3: Sed horum omnium custodia, incrementum et pastio aperta, praeterquam de apibus. Quis enim ignorat, septa e maceriis ita esse oportere in leporaria, ut tectorio tacta sint, et sint alta? Alterum ne faelis aut maelis aliave quae bestia introire possit, alterum ne lupus transilire; ibique esse latebras, ubi lepores interdiu delitescant in virgultis, et arbores patulis ramis, quae aquilae impediant conatus?

Mit eingehender Sorgfalt hingegen läßt sich Columella über die Art der Einschließung aus; das Wort munire, claudere [69]) kehrt immer bei ihm wieder, während er

69) Ich führe folgende Beispiele an: Gleich die Ueberschrift des l. 9 c. 1 lautet: de vivariis faciendis et includendis pecudibus feris; sodann in dem Text des Capitels 6: Sed qui venationem voluptati suae claudunt, contenti sunt, utcunque competit proximus aedificio loci situs, munire vivarium .... De minoris autem incrementi animalibus, qualis est lepus, haec praecipimus, ut in iis vivariis, quae maceria munita sunt.... Ubi vero neutrum patrifamiliae conducit, ratio postulat, vacerris includi... Contentus tamen non debet esse diligens paterfamilias cibis, quos suapte natura terra gignit, sed temporibus anni, quibus silvae pabulis carent, condita messe clausis succurrere ordeoque alere... In gleicher Weise findet sich das Wort claudere und custodia bei der Schilderung der Piscinä: l. 8 c. 16: lautitiae locupletum maria ipsa Neptunumque clauserunt; c. 17: ut clausi quam minime custodiam sentiunt... Raro itaque unus aut alter de multis millibus claustra patitur... Tum etiam lupos includemus... Ceterum illud committi non debet, quod multi faciunt, ut nihil praebeant, quia semetipsos

sepire augenscheinlich vermeidet. Wo möglich, meint er, ist eine Mauer aus Ziegelstein und Kalk oder doch aus ungebranntem Stein und Lehm um das Vivarium zu ziehen; wo das nicht angeht, muß es mit Pfählen in Entfernungen von je acht Fuß eingeschlossen werden; an der Seite der Pfähle sind Löcher zu bohren und in diese Löcher querüber Latten zu befestigen, die den Thieren den Ausgang verschließen, und namentlich darauf zu sehen, daß den Thieren kein Ausweg zur Flucht bleibe. Auf diese Weise kann man ganze Landstrecken und Höhenzüge einschließen, — vorausgesetzt freilich, daß solche große Ländereien noch zu haben sind, und das ist freilich nur in Gallien und in einigen Provinzen der Fall. Bei Hasen und andern kleinen Thieren ist die bloße Einpfählung nicht genügend; sie könnten nämlich durchkriechen und das Weite suchen; hier ist also unbedingt eine Mauer nothwendig. So weit Columella.

Ich glaube, man darf nach diesen Zeugnissen über den Unterschied des vivarium und der silva circumsepta nicht in Zweifel sein. Die silva circumsepta hat zwar eine Umzäunung, und ihr Zweck ist gewiß, das Entweichen möglichst zu verhindern und den Wildstand zu conserviren; aber das Entweichen ist nicht unmöglich gemacht, denn die Umzäunung ist weder dicht noch hoch genug. Der Unterschied zwischen vivarium und silva circumsepta bezieht sich nicht auf den Umfang, sondern auf die Umfassung.

Es versteht sich, daß die Entziehung der natürlichen Freiheit bei Fischen auf andere Weise als bei Wild geschehen muß; jene sind eben Wasserthiere und können demnach auch

---

etiam diu clausi tolerare possint. Ferner bei der Schilderung der Pfauenhäuser: l. 8 c. 11: herbidus silvestrisque ager planus sublimi clauditur maceria.

aus einem stagnum nicht entweichen. Welches ist also der Unterschied zwischen dem stagnum und der piscina? Meines Erachtens folgender: die piscina kann abgelassen werden, das stagnum hingegen nicht; ob man in einem stagnum einen bestimmten Fisch fängt, hängt rein vom Zufall ab; und wäre das stagnum noch so klein, der Fisch kann uns immer entwischen, man sticht ihn nur auf gut Glück, das ist der Beweis, daß er seine natürliche Freiheit besitzt; weil hingegen die piscina abgelassen werden kann, so haben die darin befindlichen Fische ihre natürliche Freiheit verloren; durch das Ablassen des Wassers gerathen sie auf den Sand, sie sind also fortdauernd in der Gewalt des Menschen, und dies selbst dann, wenn die Piscina von noch so bedeutendem Umfang ist. Dies soll jetzt bewiesen werden.

Varro kennt noch zwei Arten der Piscinä: solche, die im Binnenlande und solche, die am Meeresufer liegen [70]; der spätere Columella [71] hingegen gedenkt nur der letzteren; wir dürfen deshalb erwarten, daß die Piscina der l. 3 §. 14 am Meere gelegen ist. Hauptaugenmerk des Fischzüchters ist es nun nach Columella, die Piscina derartig einzurichten, daß fortwährend frisches Meerwasser einfließt und das alte verdrängt werde; auf jeder Seite der Piscina sind deshalb Canäle anzubringen, damit, wenn das frische Wasser zur einen Seite eindringt, das alte um so leichter auf der entgegengesetzten Seite ablaufen könne [72]; über den Ort, wo die Canäle

70) l. 3 c. 17 §. 2: Quod cum piscinarum genera sint duo: dulcium et salsarum, alterum apud plebem, et non sine fructu, ubi lymphae aquam piscinis nostris villaticis ministrant, illae autem maritimae piscinae nobilium, quibus Neptunus ut aquam sic et pisces ministrant. . .

71) l. 8 c. 17.

72) Auch Varro l. 3 c. 17 §. 9 gedenkt dieser Canäle bei der Schilderung der Lucullischen Piscinä in der Nähe von Neapel: con-

anzubringen sind, läßt Columella sich genau aus; wo die Canäle in die Pislina münden, sind eherne Gitter mit kleinen Löchern anzubringen, damit das Entweichen der Fische verhindert werde [73]).

In der That: der Besitzer der Piscina braucht nur die Canäle, in die das Meerwasser einläuft, zu schließen und die, durch welche es abläuft, aufzuziehen, so sind die Fische der ganzen Piscina auf dem Sande oder (wie ich lieber sagen möchte, da es sich um eine Römische Piscina handelt) auf dem Estrich [74]). Das verhält sich bei einem stagnum ganz anders; zwar will ich nicht leugnen, daß es auch stagna mit Abzugscanälen giebt; allein diese Canäle sind bei den Stagna nur selten, bei der Piscina hingegen immer vorhanden; der Jurist aber mußte die regelmäßigen Verhältnisse zum Ausgangspunkte der Differenziirung von stagnum und piscina nehmen. Es ist deshalb nicht auffallend, daß dieselben Ausdrücke wie in den Juristenfragmenten von den Schriftstellern über den Landbau gebraucht werden; von dem claudere sind bereits oben unzählige Beispiele angeführt worden; hier muß ich noch zwei anführen, worin Columella die Piscina als eine custodia bezeichnet. Bei der Gelegenheit nämlich, wo Columella den Rath giebt, die Piscina dem Meere so viel als möglich ähnlich zu machen, schreibt er:

---

tra ad Neapolim L. Lucullus posteaquam perfodisset montem, ac maritima flumina immisisset in piscinas, quae reciproce fluerent, ipsi Neptuno non cedere de piscatu.

73) Die Piscinä, von denen Palladius de r. r. 1, 31 handelt, sind keine Fischteiche, sondern Wasserpfützen, in denen die Thiere Wasser trinken, oder die Abfälle der landwirthschaftlichen Producte zu Dünger verarbeitet werden; in 1,34 gedenkt er einer Piscina als Wasserbehälter für das Sprengen des Gartens.

74) Denn der Boden der Piscina bestand aus einem opus Signinum.

.... quantum comminisci valet hominis ingenium, repraesentare faciem veri maris, ut clausi quam minime custodiam sentiant.

Und bei Gelegenheit der Mästung der Fische äußert Columella, daß, wenn sie nicht sorgfältig geschehe, man es dem Fische an seiner Magerkeit auf dem Markte ansehe, daß er nicht aus dem freien Meere, sondern aus der custodia stamme, und daß deshalb der Käufer stark am Preise handeln werde:

Nam nisi piscis domini cibariis saginatur, cum ad piscatorium forum perlatus est, macies indicat eum, non esse libero mari captum, sed de custodia elatum, quod plurimum pretio detrahitur.

Wiederum eigen geartet ist das aviarium. Ich will nur von den Anlagen für die Pfauenzucht reden, weil nur diese außerhalb der Villa belegen waren[75]). Auch hier wird nun berichtet, daß ein wiesen- und waldreicher Platz mit einer hohen Mauer eingeschlossen wurde; eine Decke hielt man deshalb nicht für nothwendig, weil die Pfauen weder hoch noch weit fliegen; so waren demnach die Pfauen schon durch die Mauer wie das Wild ihrer natürlichen Freiheit beraubt.

Alle diese Anstalten, von denen ich gesprochen habe, haben nur den Zweck, die Thiere ihrer natürlichen Freiheit zu berauben; es ist die erste Voraussetzung des Besitzes an wilden Thieren, daß deren natürliche Freiheit aufgehoben werde; keineswegs ist mit dieser Aufhebung der Besitz von selbst ergriffen; es muß vielmehr noch etwas Besonderes hinzukommen. In l. 55 de acq. dom. fanden wir, daß dieses Besondere

75) Colum. de r r. 8 c. 11.; s. auch Varro de r. r. l. 3 c. 6 §. 4.

darin bestand, daß der Schlingensteller den freien Zutritt zu dem Grundstücke hatte, auf welchem das gefangene Thier sich befand, mochte dies Statt finden, weil er Eigenthümer war oder weil er mit Erlaubniß des Eigenthümers die Schlinge gestellt hatte. Die l. 3 §§. 14. 15 de poss. geht anscheinend nicht so weit; Vivaria, Piscinä und Aviaria pflegen nur vom Eigenthümer (resp. Besitzer) oder vom Pächter angelegt zu werden; nicht dagegen pflegt man eignes Wild u. s. w. fremden Anlagen mit Erlaubniß des Eigenthümers der Anlagen zu übergeben. Die Differenz zwischen beiden Fragmenten ruht also nicht auf juristischen Gründen, sondern auf der Verschiedenheit der thatsächlichen Verhältnisse.

Soweit meine Interpretation der l. 3 §§. 14. 15. Ich glaube, gezeigt zu haben, daß die Savigny'sche Ansicht, der Besitz der Thiere in den Vivaria u. s. w. werde nur deshalb erhalten, weil diese kleine Grundstücke sind, und deshalb die Thiere in jedem Augenblick ergriffen werden können, nicht haltbar ist. Aber nicht bloß, was die Fortdauer des Besitzes betrifft, stehe ich im Gegensatz zu Savigny; vielmehr gilt dasselbe auch vom Erwerb des Besitzes. Am Schluß des §. 14 nämlich erklärt der Jurist, daß der Käufer einer silva circumsepta keineswegs mit der Besitzergreifung des Waldes alle Thiere darin in Besitz nehme; es ist kein Zweifel, daß er bei dem Käufer eines Vivarium u. s. w. das Gegentheil meint.

Endlich muß ich noch eine dritte Differenz hervorheben; sie ist um so wichtiger, weil sie selbst dann noch Statt findet, wenn die Ansicht Savigny's von der Größe der Vivaria u. s. w. richtig wäre. Sie betrifft die Besitzergreifung der Jungen, welche von den in den Vivaria u. s. w. befindlichen Mutterthieren geworfen werden. Bemerken wir wohl, daß, wie-

wohl die Vivaria und Piscinä durchaus, die Aviaria zum Theil[76]) außerhalb der Villen lagen, dennoch von Seiten des corpus nichts der Behauptung entgegensteht, daß sie unmittelbar mit ihrer Geburt in den Besitz des Eigenthümers (Besitzers), resp. Pächters des Vivarium u. s. w. kommen; denn von den Vögeln sagt ausdrücklich l. 3 §. 15, daß wir diejenigen besitzen, „quas inclusas habemus", die ausgebrüteten Jungen fallen ebensowohl unter diese Kategorie wie die, welche der Inhaber des Vivarium hineingesetzt hat; und wenn es von dem Wilde und den Fischen in l. 3 §. 14 heißt, daß wir diejenigen besitzen, „quas vivariis incluserimus und quos in piscinas conjecerimus, so wird damit sicherlich nicht eine persönliche Thätigkeit des Inhabers des Vivarium resp. seiner Dienstleute angedeutet; wollte Savigny aus diesen Worten gerade auf eine persönliche Thätigkeit (d. h. also auf unmittelbare Gegenwart) schließen, so würde seine Theorie auf praktische Anwendung keinen Anspruch machen dürfen; denn dann wären die Jungen eine Zeit lang (nämlich bis der Inhaber das Vivarium oder seine Leute an sie herangetreten) in besitzlosem Zustande und deshalb fremder Occupation Preis gegeben[77]).

III. Die l. 3 §. 3 de poss. lautet:

(Paulus): Neratius et Proculus et solo animo non posse nos acquirere possessionem, si non antecedat naturalis possessio. Ideoque si thesaurum in fundo meo positum sciam, continuo me possidere, simu-

---

76) Nämlich die Pfauen- und Perlhühnerbehälter lagen außerhalb der Villa, die Hühner- und Taubenhäuser innerhalb derselben; s. Columella l. 8. c. 10. Bekker's Gallus 1, 97 N. 8 (2. Ausg.).

77) Der Herr würde dann höchstens sich dadurch helfen, daß er den in l. 3 §. 1 de acq. dom. ertheilten Rath befolgte: plane qui in alienum fundum ingreditur venandi aucupandive gratia, potest a domino, si is providerit, jure prohiberi, ne ingredretur.

latque possidendi affectum habuero, quia, quod desit naturali possessioni, id animus implet. Ceterum quod Brutus et Manilius putant, eum, qui fundum longa possessione cepit, etiam thesaurum cepisse, quamvis fundum nesciat, in fundo esse, non est verum; is enim qui nescit, non possidet thesaurum quamvis fundum possideat, sed etsi sciat, non capiet longa possessione, quia scit, alienum esse. Quidam putant, Sabini sententiam veriorem esse, nec alias eum, qui scit, possidere, nisi si loco motus sit, quia non sit sub custodia nostra, quibus consentio.

Diese Lex versteht Savigny von einer im Felde vergrabenen Sache, indem er sich auf das Wort fundus stützt; er statuirt einen Unterschied zwischen Haus und Feld [78]; der Besitzer des Feldes erwerbe den Besitz des Schatzes erst dann, wenn er ihn ausgegraben, der des Hauses hingegen auch ohne Ausgraben, sobald er nur wisse, wo der Schatz vergraben liegt; als Grund giebt er an, daß mit dem Hause „eine ganz eigene Custodia" verbunden sei [79]), die bei dem Felde fehle; über sein Haus habe jeder sichrere Herrschaft als über alles andere Vermögen [80]).

Die innere Begründung, die Savigny seiner Ansicht gegeben hat, erkennt man sofort als nicht genügend; denn, was wohl zu merken, unter dem Hause versteht Savigny nicht etwa (wie Lenz) das Wohnhaus, sondern jedes Gebäude, das wir im eignen Gebrauch haben, also auch, wie Savigny selbst bemerkt, ein Waarenlager (d. h. einen

78) S. namentlich die N. 1 auf S. 258. 259.
79) S. 258.
80) S. 254. Vgl. auch Puchta, Kl. civ. Schr. S. 430. 432.

Speicher); und hier besteht doch die ganze Gewähr der Sicherheit nicht etwa in der Anwesenheit wachender und schützender Personen, sondern in dem Verschlusse — eine Maßregel, die wie die Diebstähle durch Einbruch und Einsteigen beweisen, nicht von allzu hohem Werthe ist, und die jedenfalls den unter dem Speicher vergrabenen Schatz nicht berührt. Doch will ich von der Begründung absehen, es ist ja möglich, daß, trotzdem diese unzureichend ist, die Ansicht selbst in l. 3 §. 3 cit. enthalten ist; ich wende mich also zu dem Text der Lex. Dieselbe spricht von einem thesaurus in fundo positum, und allerdings heißt es vom fundus in l. 60 de v. s. 50, 16:

> fundus integrum aliquid est, et plerumque sine villa locum accipimus;

auf der andern Seite besagt jedoch l. 211 eod.:

> fundi appellatione omne aedificium et omnis ager continetur, sed in usu urbana aedificia aedes, rustica villae dicuntur. Locus vero sine aedificio in urbe area, rure autem ager appellatur. Idemque ager cum aedificio fundus dicitur.

Es bleibt demnach bei l. 3 §. 3 zweifelhaft, ob der Jurist von einem Hause oder von einem Felde oder von beidem zugleich spricht. Sehen wir uns nach anderen Zeugnissen um, um den Zweifel zu beseitigen, so begegnet uns l. 44 pr. de poss.:

> (Papin.): Peregre profecturus pecuniam in terra custodiae causa condiderat; quum reversus locum thesauri in memoriam non repeteret, an desiisset pecuniam possidere, vel si postea recognovisset locum, an confestim possidere inciperet, quaesitum est. Dixi: quoniam custodiae causa pecunia condita proponeretur, jus possessionis ei, qui condi-

disset, non videri peremtum, nec infirmitatem memoriae damnum afferre possessionis, quam alius non invasit; alioquin responsuros, per momenta servorum, quos non viderimus, interire possessionem. Et nihil interest, pecuniam in meo an in alieno condidisset, quum si alius in meo condidisset, non alias possiderem, quam si ipsius rei possessionem supra terram adeptus fuissem. Itaque nec alienus locus meam propriam aufert possessionem, quum supra terram an infra terram possideam, nihil intersit.

Hier ist von einer in terra vergrabenen Sache die Rede, d. h. von der Erdmasse, die bei dem Land- wie bei dem Stadtgrundstück dieselbe ist. Nun giebt Papinian in den Worten „quum si alius in meo condidisset, non alias possiderem, quam si ipsius rei possessionem supra terram adeptus fuissem“ ganz dieselbe Entscheidung wie Paulus in l. 3 §. 3; also sind wir berechtigt, auch in l. 3 §. 3 die allgemeinere Bedeutung von fundus anzunehmen. Mit andern Worten: der Besitzer eines Grundstücks, gleichviel eines ländlichen oder städtischen, erwirbt den Besitz der darin vergrabenen Sache erst dann, wenn sie an die Erdoberfläche gelangt ist.

Man sieht, daß die Savigny'sche Theorie für die Erklärung dieses Satzes nicht ausreicht; er ist aber um so bezeichnender, als er die Unrichtigkeit der Savigny'schen Theorie in einer andern Richtung, als die sub I. II. erörterten Fragmente erweist. In den Fällen sub I. II. verlangte Savigny zu viel, in dem jetzigen Falle (sub III.) verlangt er zu wenig. — — —

Dies mag vorläufig genügen; ich wollte von vornherein zeigen, daß ich zu anderen praktischen Resultaten komme als Savigny und einige Proben hierfür liefern; damit ist

jedoch die praktische Differenz noch nicht erschöpft; der volle Umfang derselben wird sich erst dann bestimmen lassen, wenn ich meine Ansicht über Ergreifung und Verlust des Besitzes systematisch und im Anschluß an die Quellen entwickelt haben werde. Hierzu will ich mich im Folgenden wenden.

B. Der Besitz an Mobilien.

a. §. 3. Das Quellenmaterial über die custodia.

Paulus scheint der Schriftsteller zu sein, welcher die beste kurze systematische Uebersicht der Lehre vom Besitz und von der Ersitzung gegeben hat; wenigstens ist das 54. Buch seines Edictscommentars von den Compilatoren recht ausführlich, und zwar an der Spitze der betreffenden Titel (Buch 41 Tit. 2. 3 [81])) mitgetheilt worden. Uns interessiren bloß die ll. 1. 3 de poss., die durch eine von den Compilatoren eingeschobene Bemerkung Ulpian's unterbrochen sind. In l. 1 cit. erörtert Paulus den Begriff des Besitzes sowie die Möglichkeit, selbst oder durch Stellvertreter den Besitz zu erwerben [82]); in l. 3 macht er im Anfang eine kurze Bemerkung über die Besitzobjecte und wendet sich dann in längerer Ausführung zum Besitzerwerbe und -verlust; zunächst behandelt er den Besitzerwerb, und zwar zuerst den an Immobilien, sodann den an Mobilien; sodann (von §. 6 ab) geht er zum Besitzverlust über, und theilt die Darstellung gleichfalls nach den unbeweglichen und beweglichen Sachen, nur verbindet er im §. 10 den

81) S. außerdem l. 2 pro emt. 41, 4. l. 1 pro don. 41, 6. l. 2 pro derel. 41, 7. l. 2 l. 4 pro leg. 41, 8. l. 2 pro dote 41, 9. l. 2 pro suo 41, 10.

82) Bei dieser Gelegenheit behandelt er im §. 21 eine Frage, die auch in das Gebiet des Besitzerwerbes hinübergreift.

Sclavenbesitz aus einem Grunde, der später erhellen wird[83]), mit dem Grundstücksbesitz.

Vorläufig will ich den Besitz der Mobilien beleuchten. Die Stelle, welche vom Erwerb des Mobiliarbesitzes handelt, ist der §. 3 (s. dieselbe oben S. 79 f.).

Danach ist das Criterium des Besitzerwerbes bei Mobilien die custodia.

Die Stelle, welche von der Fortdauer und dem Verlust[84]) des Mobiliarbesitzes handelt, ist der §. 13:

> Nerva filius, res mobiles excepto homine, quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri, id est, quatenus si velimus, naturalem possessionem nancisci possimus, nam pecus simul atque aberraverit, aut vas ita exciderit, ut non inveniatur, protinus desinere a nobis possideri, dissimiliter atque si sub custodia mea sit, nec inveniatur, quia praesentia ejus sit, et tantum cessat interim diligens inquisitio.

Wiederum, und dies Mal in Form eines allgemeinen Prinzips, ist die custodia als die Bedingung der Besitzerhaltung an Mobilien mit Ausnahme des Sclaven hingestellt. Auch macht der Jurist im Folgenden von dem Prinzip Anwendung; denn wenn er im §. 14 schreibt:

> Item feras bestias, quas vivariis incluserimus, et pisces, quos in piscinas conjecerimus, a nobis possideri,

so wissen wir nicht bloß aus den Juristenfragmenten, daß in solchen vivaria und piscinae eine Custodia gesehen wurde,

---

83) Der Sclave nämlich kann wie das Grundstück solo animo besessen werden.

84) Ich werde später §. 6 nachzuweisen suchen, daß Nerva's Formulirung auch auf den Besitzerwerb paßt.

l. 62 §. 1 de usufr. 7, 1: Si vivariis inclusae ferae in ea possessione custodiebantur, quando usufructus coepit, num exercere eas fructuarius possit, occidere non possit? ...

sondern auch Varro und Columella bestätigen es:

Varro de re rust. l. 3 c. 12 §. 2 (oben S. 73).
Colum. de r. r. l. 8 c. 17 (oben S. 77).

Nicht minder bezeichnend ist das Beispiel des §. 15:

Aves autem possidemus, quas inclusas habemus, aut si quae mansuefactae custodiae nostrae subjectae sunt;

denn die Worte „custodiae nostrae subjectae sunt" gehen nicht etwa bloß auf die aves mansuetae factae, sondern ebenfalls auf die inclusae; Zähmung oder Einsperrung sind eine Voraussetzung der Custodia[85]), der Besitz also wird nicht sowohl durch die Zähmung oder die Einsperrung, als vielmehr durch die Custodia erhalten, wie dies hervorgeht aus

l. 3 §. 2 de acq. dom.: (Gaius) Quidquid autem eorum ceperimus, eo usque nostrum esse intelligitur, donec nostra custodia coërcetur; quum vero evaserit custodiam nostram, et in naturalem libertatem se receperit, nostrum esse desinit, et rursus occupantis fit.

Die obengedachte prinzipielle Formulirung der Custodia, wie sie von dem jüngern Nerva als Bedingung der Besitzeserhaltung aufgestellt wurde, scheint sich allgemeinen Beifalls erfreut zu haben; auch Papinian führt sie und ihren Autor in l. 47 de poss. an:

Si rem mobilem apud te depositam aut ex commo-

---

85) Ich komme hierauf später zurück.

dato tibi possidere neque reddere constitueris, confestim amisisse me possessionem vel ignorantem responsum est. Cujus rei forsitan illa ratio est, quod rerum mobilium neglecta atque omissa custodia, quamvis eas nemo alius invaserit, veteris possessionis damnum afferre consuevit; idque Nerva filius libris de usucapionibus retulit. Idem scribit aliam causam esse hominis commodati omissa custodia, nam possessionem tamdiu veterem fieri, quamdiu nemo alius eum possidere coeperit, videlicet ideo, quia potest homo proposito redeundi domino possessionem sui conservare, cujus corpore ceteras quoque res possumus possidere. Igitur earum quidem rerum, quae ratione vel anima carent, confestim amittitur possessio, homines autem retinentur, si revertendi animum haberent.

Auch macht er von ihr Gebrauch bei Entscheidung eines praktischen Falles, indem er nur auf die Fortdauer der Custodia die Erhaltung des Besitzes gründet:

l. 44 pr. de poss. 41, 2 (s. oben S. 81 f.).

Auch Julian thut in l. 39 eod. das Gleiche:

Interesse puto, qua mente apud sequestrum deponitur res; nam si omittendae possessionis causa, et hoc aparte fuerit approbatum, ad usucapionem possessio ejus partibus non procederet; at si custodiae causa deponatur, ad usucapionem eam usucapionem victori procedere constat.

Auch Labeo gedenkt in seinen nachgelassenen Schriften der Custodia:

l. 51 de poss. 41, 2 (Javol. libr. 5 ex poster. Labeon.): Quarundam rerum animo possessionem adipisci, ait Labeo; veluti si acervum lignorum emero

et eum venditor tollere me jusserit, simulatque custodiam posuissem, traditus mihi videtur; idem juris esse vino vendito, quum universae amphorae vini simul essent. Sed videamus, inquit, ne haec ipsa corporis traditio sit, quia nihil interest, utrum mihi an et cuilibet jusserim custodia tradatur. In eo puto hanc quaestionem consistere, an, etiamsi corpore acervus aut amphorae apprehensae non sunt, nihilominus traditae videantur; nihil video interesse, utrum ipse acervum an mandato meo aliquis custodiat; utrobique animi quodam genere possessio erit aestimanda.

Doch werde ich im Nachstehenden zeigen, daß zwar der Grundgedanke bei ihm wie bei den anderen Juristen derselbe ist, daß wir es aber dennoch mit zwei coordinirten Species zu thun haben.

Das ist das Quellenmaterial. Dazu ist noch hinzuzufügen, daß in keiner einzigen Stelle, wo vom Erwerb und Verlust des Besitzes an Immobilien gehandelt wird, die Custodia erwähnt wird, sowie hervorzuheben, daß, wo von Custodia die Rede ist, kein Unterschied zwischen der ein- und zweiseitigen Besitzergreifung aufgestellt wird.

Auf Grund dieser Zeugnisse ist meines Erachtens die Behauptung gerechtfertigt:

Die custodia ist bei Mobilien aller Art, mit Ausnahme der Sclaven und der ihnen (später) gleich gestellten Thiere mit consuetudo revertendi, die Grundlage des Besitzes; durch sie wird der Besitz erworben und erhalten; mit ihrem Verlust geht er selbst verloren.

b. §. 4. Literarische Bemerkungen über die Auffassung der Custodia seit Savigny.

Es wäre auffallend, wenn die Schriftsteller, da doch die Custodia so häufig in den Quellen erwähnt wird, sie mit Stillschweigen übergangen hätten; nur darum kann es sich handeln, in welcher Weise sie sie auffassen. Indem ich mich zu der Mittheilung ihrer Ansichten wende, schicke ich voraus, daß ich nur die seit Savigny erschienene Literatur berücksichtigen werde; denn daß vorher ein richtiges Verständniß existirte, darf füglich nicht erwartet werden[86].

Was nun vor Allen Savigny betrifft, so habe ich bei ihm Folgendes gefunden. „Die besondere Anstalt, die zur Aufbewahrung der Sache getroffen ist", lehrt er, ist die allgemeine Bedeutung von Custodia[87]. Zu Aufbewahrungsanstalten rechnet er das Haus, welches man im eignen Gebrauch hat[88], mag sich die Sache in demselben befinden oder unter demselben vergraben sein[89]; ferner den Thierpark, den See, den Zwinger, den Fischkasten[90]. Endlich aber erklärt er die Custodia zum Besitz weder überall für nothwendig noch auch andererseits überall für hinreichend nicht für nothwendig: denn in der Gegenwart bei der Sache sieht Savigny keine Custodia; nicht für hinreichend: „denn wer z. B. wilde Thiere in einem Park hält oder Fische in einem See, hat allerdings etwas gethan, um sie aufzubewahren, aber es hängt nicht von

86) Des Beispiels halber führe ich die Glosse zu l. 3 §. 13 h. t. an. Danach verliert man, wenn die Sache bloß in nostra custodia ist, die natur. possessio, und retinirt bloß die civilis; nur Pillius und Azo waren entgegengesetzter Ansicht.

87) S. 398 Anm. 1 und Text dazu.

88) S. 254.

89) S. 258 N. 1.

90) S. 400.

seinem Willen, sondern von vielen Zufällen ab, ob er sie wirklich fängt, wenn er will, folglich ist hier der Besitz nicht erhalten"[91]). Man sieht: der Zusammenhang zwischen Besitz und Custodia ist bei Savigny ein sehr laxer; er kann durch sie gegeben resp. erhalten werden, aber er kann auch ohne sie entstehen und trotz ihrer untergehen. Das Alles ist eine nothwendige Folge des Grundbegriffes der Custodia, wie ihn Savigny gefaßt hat; denn wenn Custodia bloß eine Anstalt zur Aufbewahrung ist, und nicht einmal das Element der Tauglichkeit in sich hat, so kann der Besitz an sie gebunden oder auch nicht gebunden sein. Wunder muß es dann jedoch nehmen, daß römische Juristen einen so dehnbaren und deshalb unbrauchbaren Begriff ihren Entscheidungen so häufig zu Grunde legten.

Gerade diese Auffassung erklärt es aber, daß bei den späteren Schriftstellern die Custodia fast ganz verschwindet; man legte kein Gewicht auf sie, weil man keinen Nutzen für die Doctrin darin sah. So sucht man sie denn bei Böcking, Arndts, Windscheid vergebens; Mühlenbruch und Puchta gedenken ihrer nicht bei der Erhaltung resp. dem Verlust des Besitzes, sondern nur bei dem Erwerb, und zwar erklärt sie Mühlenbruch[92]) bloß „als die (einseitige) körperliche Apprehension herrenloser nicht lebendiger Sachen", Puchta[93]) aber als das Verwahren einer Sache in einem in unserer Detention befindlichen Gebäude[94]).

---

91) S. 400. 401.

92) Pand. §. 235 Text zu N. 11: „Soll ohne Tradition erworben werden, so genügt dies Alles nicht, sondern bei herrenlosen nicht lebendigen Sachen ist unmittelbare Custodia oder körperliche Apprehension erforderlich."

93) Vorles. §. 130. Kl. civ. Schr. S. 431 f.

94) Brinz erwähnt die Custodia an zwei Stellen (Pand. S. 62. 73), erklärt sie aber beide Mal nicht.

Häufiger hingegen findet man die Custodia bei Kierulff. Aber man findet nur das Wort, nicht einen einheitlichen Begriff; denn er erklärt sie bald als „eine vom Erwerber angeordnete Obhut, welche ihm den eigenen Einfluß auf die Sache und die Ausschliessung jedes Dritten sichert" (—darunter versteht er, da er sich auf l. 51 h. t. beruft, die Bestellung eines Wächters—), bald das Verhältniß der Sache, wonach sie „in eine eben so sichere Gewahrsam des Erwerbers geräth, als wenn sie mit der Hand ergriffen worden wären", bald als „irgend eine Obhut, welcher die Sache anvertraut worden"[95]). In dieser Auffassung liegt unbedingt ein Fortschritt gegenüber Savigny; Letzterer kennt auch eine untaugliche Custodia, eine Aufbewahrungsanstalt, durch die wir den Besitz nicht erwerben noch behalten; Kierulff kennt nur eine taugliche. Trotzdem ist auch die Custodia im Kierulff'schen Sinne kein practisch brauchbarer Begriff; denn wann geräth die Sache in eine ebenso sichere Gewahrsam des Erwerbers, als wenn sie mit der Hand ergriffen worden wäre? Diese Beurtheilung dem Richter anheimzustellen, ohne ihm genaue Principien an die Hand zu geben, scheint mir nicht gerechtfertigt; es giebt keine Stelle, worin etwa vom Erwerb und Verlust des Besitzes gesagt würde, was von der Mora wirklich gesagt wird: difficilis est hujus rei definitio; Divus quoque Pius Tullio Balbo rescripsit, an mora facta intelligatur, neque constitutione ulla, neque juris auctorum quaestione decidi posse[96]).

95) Civilrecht S. 384. 385. 396.

96) l. 32 pr. de us. 22, 1. Zwar wird als Grund hierfür angegeben, daß die Mora „magis facti quam juris" sei, und ähnliche Redeweisen finden sich bekanntlich auch über den Besitz vor; allein es ist kein Zweifel, daß diese Worte bei dem Besitz in ganz anderm Sinne gebraucht werden als bei der Mora.

Endlich was Lenz betrifft, so ist bereits früher seine neue Theorie auseinandergesetzt worden. Hier will ich nur noch bemerken, wie sich seine Auffassung der Custodia zu den früheren Ansichten verhält. Lenz ist der Erste, welcher die Custodia als einen allgemeinen Begriff, und als regelmäßige Voraussetzung des Erwerbes und der Fortsetzung des Besitzes aufstellt; auch die unmittelbare Gegenwart bei der Sache ist ihm nur eine Unterart der Custodia. Insofern haben wir es hier mit einem, wie mir scheint, recht bedeutenden Fortschritt zu thun; allein der Fortschritt ist nur von theoretischem Werth, nicht von practischer Bedeutung; denn an keiner Stelle erklärt Lenz, welcher Art die Custodia sein müsse; er bemerkt im Gegentheil wiederholentlich, daß sich allgemeine Regeln nicht geben lassen[97]), und ich habe bereits früher gezeigt, wie gefährlich die Unbestimmtheit der Custodia für Lenz selbst geworden ist; er hat die „säulenartigen Mobilien" gerade deshalb von der Custodia ausgenommen, weil er von dieser keinen genauen Begriff hatte.

Das sehe ich als die Aufgabe der nachstehenden Abhandlung an, zu zeigen, daß die Römer mit der Custodia einen ganz concreten Begriff verbunden haben. Es ringen die bisherigen Schriftsteller nach einer bestimmten Formulirung des Wesens der Apprehension, denn die Savigny'sche „Möglichkeit eigener und Verhinderung fremder Einwirkung" ist keineswegs geeignet, im concreten Fall eine Grundlage der Entscheidung zu bilden. Aber noch ist keine Formulirung, die zugleich das practische Interesse befriedigte, an die Stelle der Savigny'schen gesetzt worden; man lehrt demnach, daß letztere durch die einzelnen Quellenentscheidungen ergänzt werden müssen, indem letztere, wenn auch kein unmittelbares

97) S. 198. 269.

Princip, so doch Anhaltspuncte darbieten. Ich meine im Gegentheil, daß die Quellen nicht bloß Anhaltspuncte, sondern ein Princip enthalten.

c. §. 5. Begriff der objectiven Custodia bei Sachen über der Erde,

dargestellt aus l. 3 §. 3. l. 44 pr. l. 3 §. 13 de poss. 41, 2.

Gehen wir der Reihe nach die Fragmente durch, die von der Custodia handeln.

Die l. 3 §. 3. h. t. betrifft den juristischen Besitzer eines Grundstücks, in dessen Boden ein Schatz vergraben ist; nebenbei wird zwar (von Neratius und Proculus) vorausgesetzt, daß das Grundstück dem Besitzer zu Eigenthum, und (von Brutus und Manilius) daß er es in gutem Glauben besitze; allein da Paulus kein Gewicht darauf legt, so darf auch ich davon absehen. Der Schatz, meint Sabinus unter Zustimmung von Paulus, ist erst dann im Besitz des Grundstücksbesitzers, wenn er gehoben ist; dann aber ist er auch in seiner Custodia. Etwas allgemeiner drückt sich Papinian in l. 44 pr. eod. aus, wo er beiläufig denselben Fall behandelt:

> si alius in meo condidisset, non alias possiderem quam si ipsius rei possessionem supra terram adeptus fuissem.

Sabinus und Paulus denken an den bei vergrabenen Sachen regelmäßig eintretenden Fall, sie werden beim Nachgraben gefunden, und sind demnach durch die Thätigkeit arbeitender Menschen bloßgelegt — loco moti —; Papinian scheint in Rücksicht zu ziehen, daß das Bloßlegen nicht immer menschliche Thätigkeit erfordert, daß vielmehr ein Naturereigniß (— das mag in Italien nicht selten sein —) ungebeten den

Menschen die Arbeit abnimmt, und so erklärt er sich überhaupt für das Bloßlegen, gleichviel auf welche Weise es geschieht; also spricht er von possessionem adipisci ipsius rei supra terram und vermeidet das loco movere.

Das Fördern der Sache an die Erdoberfläche gewinnt, wenn diese Interpretation richtig ist, eine besondere Bedeutung; das Verhalten des Besitzers bei dieser Förderung, ob es activ ist oder nicht, ist von Seiten des corpus gleichgiltig. Das wollen wir festhalten, trotzdem wir aus derselben l. 44 pr. erfahren, daß man auch unter der Erde besitzen kann; das Besitzen unter der Erde kommt nur in den seltensten Fällen vor; die wenigsten Sachen lassen ein Vergraben zu; die Rechtssätze aber sollen den regelmäßigen Zuständen angepaßt werden[98]). Doch wollen wir gleich bemerken, daß Kellerräume u. s. w. zur Erdoberfläche gehören; sie sind dem Erdkörper gleichsam abgewonnen, also bloßgelegt, wenngleich die sie umgebende Erdmasse unter der Erdfläche ist.

Noch von einer anderen Seite her ist l. 44 pr. cit. wichtig. Während nämlich von l. 3 §. 3 cit. mit einigem Schein behauptet werden kann, daß sie von einem Vergraben des Thesaurus in einem ländlichen Grundstück spreche, drückt Papinian in l. 44 pr. cit. sich allgemeiner aus; sein Rechtsfall behandelt ein pecunia in terra custodiae causa condita, und der Besitzer der terra erlangt den Besitz des Vergrabenen erst, wenn letzteres supra terram gebracht ist. Es ist hierauf schon früher S. 82 von mir hingewiesen worden, um die Savigny'sche Ansicht abzulehnen, wonach die Besitzergreifung des Vergrabenen anderen Bedingungen unterliegt, jenachdem der Vergrabungsort ein Haus oder ein Feld ist. Terra ist der Erdboden ohne Rücksicht auf die Art seiner Benutzung.

98) l. 3 si pars her. 5, 4: ... τὸ γὰρ ἅπαξ ἢ δὶς, ut ait Theophrastus, παραβαίνουσιν οἱ νομοθέται.

Combinirt man die l. 3 §. 3 und l. 44 pr., so gelangt man **vorläufig** zu folgendem Resultat:

> Die Custodia ist erworben, wenn die in einem (städtischen oder ländlichen) Grundstück vergrabene Sache, sei es vom Besitzer des Grundstücks, sei es durch ein Naturereigniß, an die Erdoberfläche gebracht wird; mit der Custodia ist, vorausgesetzt, daß der animus possidendi vorhanden ist, der Besitz erworben.

Zwei Umstände sind es, welche nöthigen, den Begriff der Custodia weiter zu verfolgen; der bisher gegebene paßt nur auf vergrabene Sachen und auf juristische Besitzer eines Grundstücks. Nun ist der erste Umstand von nicht großem Gewicht; denn was nicht vergraben ist, braucht erst nicht heraufgefördert, sondern bloß auf das Grundstück gebracht zu werden. Um so bedeutender ist der zweite Umstand; es wäre unerträglich, wenn bloß der juristische Besitzer des Grundstücks die Custodia der darauf befindlichen Sachen haben sollte. Sehen wir zu, ob die übrigen Fragmente eine Erweiterung zulassen.

Zunächst l. 3 §. 13 h. t., die ich nochmals um ihrer Wichtigkeit halber hersetze:

> Nerva filius, res mobiles excepto homine, quatenus sub **custodia** nostra sint, hactenus possideri, id est, quatenus si velimus, naturalem possessionem nancisci possimus, nam pecus simul atque aberraverit, aut vas ita exciderit, ut non inveniatur, protinus desinere a nobis possideri, dissimiliter atque si sub **custodia** mea sit, nec inveniatur, quia praesentia ejus sit, et tantum cessat interim diligens inquisitio.

Recht grausam ist **Savigny** mit dieser Lex umgegangen; eine leichte Conjectur (idem für id est) hat er vor-

genommen, und, wäre sie richtig, so wäre die römische Jurisprudenz um die Formulirung eines technischen Begriffes ärmer; je seltener aber eine solche in den Quellen gefunden wird, um so größer wäre der Verlust. Aber ist denn die Conjectur nöthig? Sie ist gegen die Florentina, und, was mehr ist, gegen den Sinn dieser Lex wie auch der l. 47, worin (wie früher bemerkt) gleichfalls Nerva's Meinung referirt wird.

Nach Savigny hat Nerva zwei Grundlagen für die Fortdauer des Mobiliarbesitzes aufgestellt: 1) die Custodia, 2) die Möglichkeit, die natürliche Detention zu erlangen, sobald der Besitzer will. „Nämlich (fährt Savigny fort[99])) wer seine Sache im Hause hat, aber nicht finden kann, von dem kann man nicht sagen: si velit, naturalem possessionem nancisci potest (also meint Savigny, behält er wegen der Custodia den Besitz), und wer sich erinnert, an welchem Ort im Walde seine Sache liegen müsse, von dem kann man nicht sagen: sub custodia ejus est (also, meint Savigny, behält er den Besitz, weil er, si velit, natur. poss. nancisci potest).

Es ist schade, daß Savigny, statt eigene Beispiele zu wählen, nicht vielmehr die von Nerva beleuchtet hat; dann hätte er die seinigen wohl verworfen. Denn sowohl in dem ersten Beispiel (von den Worten nam pecus — a nobis possideri), als in dem zweiten (dissimiliter — inquisitio) wird das verlorene Vieh resp. Gefäß (Ring?) nicht gefunden[100]); nur in der Custodia unterscheidet sich das zweite Beispiel vom ersten[101]), und vermöge der fortdauernden Cu-

---

99) S. 399.

100) Daher wird in beiden Beispielen „non inveniatur" gesagt.

101) Daher die Worte: dissimiliter atque si sub custodia mea sit.

stodia bleibt im zweiten Beispiel der Besitz erhalten; indem das erste Beispiel hiezu im Gegensatz steht (es enthält ja einen Fall des Besitzverlustes), so kann doch der Grund des Gegensatzes nur darin liegen, daß in demselben die Custodia mangelt. Was also bedeuten die Worte: quatenus si velimus u. s. w.? Sie sind entweder eine Erklärung des Wortes custodia und vermitteln die Verbindung zwischen ihm und den nachher folgenden Beispielen; oder sie sind ein neuer Lehrsatz, und unterbrechen den Zusammenhang zwischen dem Worte Custodia und den nachher folgenden Beispielen. Bei einer solchen Alternative ist die Wahl nicht schwer.

In l. 47 h. t.[102]) finde ich eine überzeugende Bestätigung meiner Ansicht. Der Depositar oder Commodatar hat den animus possidendi angenommen und beschlossen, die Sache nicht wiederzugeben; Papinian erklärt unter Berufung auf Nerva, daß nunmehr die Custodia verloren sei und mit dem Verlust der Custodia der Besitz aufhöre. Wäre die Custodia nicht das allgemeine Erforderniß für die Erhaltung des Besitzes an Mobilien gewesen, müßte man in ihr bloß eine „Aufbewahrungsanstalt" sehen, und unterschiede sie sich von dem „naturalem poss. nancisci posse si velimus": man würde wirklich nicht begreifen, wie Papinian die Entscheidung auf die Custodia stützen durfte; er hätte dann im Gegentheil ausführen müssen, der Deponent resp. Commodant könne nicht mehr, wenn er wolle, die Detention erwerben, da ihm sein Contrahent bei der Abholung der Sache Widerstand entgegensetzen werde, d. h. er hätte sich auf den angeblich zweiten

---

102) Abgedruckt oben S. 85. 86. Ich komme übrigens später auf die Lex ausführlich zurück, da Savigny von der in l. 47 referirten Entscheidung geradezu behauptet, sie sei von Papinian nicht gebilligt worden, s. unten §. 13.

Grundsatz Nerva's berufen müssen. Ja, wie denn kommt Papinian dazu, den Deponenten oder gar den Commodanten als „Aufbewahrungsanstalt" zu behandeln? Selbst wenn man aber von ihrer Person absieht, und an ihre Häuser denkt, so ist doch — nach Savigny — ihr Haus noch nicht die Custodia des Deponenten resp. Commodanten, denn nur mit dem Hause, welches wir im Gebrauch haben, ist „die ganz eigne Custodia"[103]) verbunden.

Endlich ist noch ein dritter Grund anzuführen. Das Wort custodia ist schon vor Nerva (es findet sich bereits bei Sabinus) ein juristisch technischer Begriff gewesen; nun will ich nimmermehr bestreiten, daß ein römischer Jurist vermöge seiner Intuition juristische Begriffe anwandte, ohne sie klar darlegen zu können. Allein daraus folgt doch nicht, daß er nicht auch das Streben gehabt haben sollte, die Intuition in Verstandessätze umzusetzen. Wie zweideutig der Begriff der Custodia an sich ist, das erkennen wir daraus, daß jeder der heutigen Juristen sie anders faßt; sollte da nicht ein Nerva, der bereits in der Jugend respondirte, die Schärfe seines Geistes in einer treffenden Definition haben erproben wollen?

Denn von Nerva rührt die Definition der Custodia her, nicht von Paulus, wie dies Lenz[104]) behauptet unter Berufung auf die angeblich directe Redeform der Definition. Zu seiner Auffassung der Lex will ich mich jetzt wenden.

Lenz interpretirt so: „Die beiden ersten Verlustfälle beziehen sich wirklich auf Objecte, die wir in subjectiver Custodia zu haben pflegen: des Heerdenviehes sind wir nur dadurch sicher, daß wir es unter Aufsicht eines Hirten weiden lassen,

103) Savigny S. 258.
104) S. 260 f.

und unser Besitz geht daher verloren, wenn sich ein Stück der Heerde trotzdem verläuft; und ebenso haben wir den Siegelring in subjectivster Custodia, recht eigentlich in manu, unser Besitz daran muß also aufhören, wenn er uns vom Finger gleitet und unser Suchen vergeblich bleibt. Ganz anders steht es mit den Dingen, die wir in objectiver Custodia haben, namentlich also bei uns, in unserer Wohnung aufbewahren; ihrer sind und bleiben wir auch dann sicher, wenn sie sich nicht gleich auffinden lassen, weil und sofern sie wirklich da sind; finden wir sie heute nicht, so doch wohl später einmal, wenn wir genauer nachsehen...."

Bevor ich auf den Fehler von Lenz' Deduction aufmerksam mache, bemerke ich, daß es sich gegenwärtig nur um Auffindung des Wesens der objectiven Custodia handeln kann; nur diese wird von Nerva Custodia genannt, wie dies daraus hervorgeht, daß das zweite Beispiel mit den Worten: „dissimiliter atque si sub custodia mea sit" beginnt; darin ist nämlich ausgesprochen, daß im ersten Beispiel die echte κατ' ἐξοχὴν sogenannte (objective) Custodia nicht vorhanden ist.

Diese (objective) Custodia findet Lenz „namentlich in unserer Wohnung"; zu dieser Annahme aber gelangt er nur dadurch, daß er supponirt, das zweite Beispiel (von dissimiliter an) handle von anderen Sachen als das erste. Diese Supposition ist aber gewiß unrichtig; wollte der Jurist zu andern Sachen übergehen, so hätte er wenigstens den Plural gebrauchen und also schreiben müssen: dissimiliter atque si sub custodia mea sint, nec inveniantur, quia praesentia earum sit...; überdies liegt es auf der Hand, daß, wenn er das Wesen der Custodia klar machen wollte, er an demselben Beispiel den Besitzverlust wegen mangelnder

Custodia, die Besitzes erhaltung wegen fortdauernder Custodia zeigen mußte. Nun wende man aber den Satz, der mit dissimiliter beginnt, auf das prägnante Beispiel des Heerdenviehes an, und verstehe unter Custodia unsere Wohnung! Es ist gewiß nicht wahrscheinlich, daß wir Heerdenvieh in unserer Wohnung halten, aber noch weniger glaubhaft, daß es jemals noch einer genauern Nachforschung bedürfe, um es dort zu finden.

Ich will hiermit nicht leugnen, daß unsere Wohnung gleichfalls eine Custodia enthält; allein der Begriff der Custodia muß jedenfalls weiter gefaßt werden, so weit, daß es auch eine Custodia über Heerdenvieh giebt.

Ich nehme den einfachsten Fall: das Vieh weidet auf meinem eigenen Grundstück, das, wie es in Italien am häufigsten war, in bergiger Gegend liegt; sowohl auf meinem Grundstück selbst giebt es Schluchten und Gründe, in denen das Vieh sich verirren kann, als auch auf den nachbarlich angrenzenden Weideplätzen. Sollte es nicht von Einfluß sein, wenn das Vieh sich in der Schlucht auf meinem Grundstück verläuft, oder wenn es die Grenzen übertritt und sich in den Schluchten des Nachbars verirrt? Es ist gefährlich, sich auf das Rechts gefühl zu berufen; dennoch würde ich es wagen, wenn es nicht überflüssig wäre, denn Nerva's Definition der Custodia bestätigt meine Ansicht. Auf meinem eigenen Grundstück kann ich nach dem Vieh, wenn ich will (si velim), suchen und den natürlichen Besitz wiedererlangen; auf dem fremden Grundstück darf ich es nicht sofort, ich muß vielmehr beim Nachbar um die Erlaubniß einkommen, und wenn er sie mir nicht gewährt, einen Proceß, ähnlich jenem interd. de thesauro exhibendo in l. 15 ad exhib. 10, 4, anstellen. Wollte ich ohne Erlaubniß das verirrte Vieh aufsuchen, so

würde mich der Nachbar „jure prohibere“[105]) oder nach heutigem Recht pfänden.

Diese Worte „si velimus“ sind sowohl von Savigny, als von Lenz nicht richtig verstanden worden, und Lenz hat gerade deshalb behauptet, daß die Definition keine besonders glückliche sei[106]), während Savigny auf Grund ihrer behauptete, daß man von demjenigen, der seine Sache im Hause hat, aber nicht finden kann, nicht sagen könne: si velit, naturalem possessionem nancisci posse[107]). Sie stellten sich Beide auf einen falschen Standpunkt; sie bezogen das „si velimus“ auf das Verhältniß des Besitzers zur Sache, während es vielmehr auf das Verhältniß des Besitzers zu Nichtbesitzern bezogen werden muß. In ersterem Sinne kann freilich nicht gesagt werden, daß derjenige, welcher von der Sache entfernt ist, deren Detention beliebig ergreifen könne; in letzterem Sinne aber ist die Behauptung durchaus zulässig: wer von Niemandem gehindert wird, an die Sache heranzutreten, hat das freie Belieben, die Detention der Sache zu ergreifen.

Der Text der l. 3 §. 13 läßt es zu, daß wir uns das Vieh nicht bloß auf dem eignen, sondern auch auf fremdem Grundstück weiden denken. Zwei Fälle sind hier möglich: entweder der Weideplatz bildet den Theil eines andern Grundstücks, welches ich in gutem oder bösem Glauben besitze oder gepachtet habe, oder er bildet ein selbständiges Grundstück, und ich habe nur die Erlaubniß gepachtet, eine gewisse Anzahl Thiere hinauf zu treiben.

---

105) l. 3 §. 1 de acq. dom. 41, 1. Die l. 25 pr. de poss. 41, 2 widerspricht meiner Ausführung nicht, die Worte „ubi sit“ sind so unbestimmt, daß die Lex keinen Werth hat.

106) S. 260. Text zu Note 2.

107) S. 399.

Ueber den ersten Fall habe ich nichts hinzuzusetzen; es müssen dann ganz dieselben Grundsätze Platz greifen, wie wenn das Grundstück mein eigenes wäre. Verläuft sich das Thier innerhalb des Grundstücks selbst, so behalte ich den Besitz; denn Niemand hindert mich, es wieder aufzusuchen und wieder aufzufinden. Geht es über die Grenzen hinaus, und verirrt es sich erst dann, so ist der Besitz verloren.

Wichtiger ist der zweite Fall; denn hier hat der Besitzer des Viehes den Weideplatz selbst nicht in der Detention; doch kann man noch immer von ihm sagen, er könne nach Belieben die Detention des Stückes, das sich innerhalb der Grenzen des Weideplatzes verlaufen hat, ergreifen. — Es ergiebt sich aber ferner die Möglichkeit einer neuen Abwechselung; wie nämlich, wenn der Besitzer des Viehes bloß zehn Stück zur Weide treiben durfte, er aber elf hintrieb, oder wenn er gar ohne alle Erlaubniß sein Vieh weiden ließ, und nun sich eines in den Schluchten des Weideplatzes verirrte? Einen solchen Fall dürfen wir leicht voraussetzen; die Versuchung liegt für den Besitzer des Viehes gar zu nahe, und das Gewissen des römischen Bürgers war so wenig zart, daß (nach Ovid's Bericht [108])) in alter Zeit, wo die öffentlichen Weiden noch nicht an Publicanen verpachtet waren, man den für einen Feigling hielt, der die Scriptura entrichtete oder bei einem Privaten die Weideerlaubniß miethete; und auch später wußte man das Recht der Publicanen nur dadurch genügsam zu schützen, daß man ihnen das Recht der Confiscation an dem

108) Fast. 5, 282 f.:

Sed jam de vetito quisque parabat opes;
Venerat in morem populi depascere saltus,
Idque diu licuit, poenaque nulla fuit.
Vindice servabat nulla sua publica vulgus,
Jamque in privato pascere, inertis erat.

ohne Recht hinaufgetriebenen Vieh einräumte [109]). Freilich gab es zur Zeit Nerva's in Italien keine öffentlichen Weiden mehr, wohl aber in den Provinzen; und der Umstand, daß man in Italien auf Privatgrundstücken weidete, mochte nicht Alle bewegen, sich eines Eingriffs in fremdes Eigenthum zu enthalten. Sollte nun der Viehbesitzer in einem Augenblicke, wo er das Eigenthum an den Publicanen verlor, dennoch den Besitz behalten? Ich denke nein, und ich berufe mich wiederum auf Nerva's Definition der Custodia; denn der Beamte der Publicanen wird den Viehbesitzer am Nachsuchen und Auffinden verhindern.

Mit diesem letzten Beispiel bin ich bereits, was den Besitz von Sachen über der Erde betrifft, an den äußersten Grenzen der Custodia angelangt, und in der That, dieselben sind nicht eng gezogen. Sind nämlich die von mir gemachten Anwendungen richtig, so muß man behaupten:

> Die Custodia ist vorhanden, wenn sich die Sache auf der Oberfläche des Grundstücksinhabers befindet, oder wenn sie sich zwar auf einem von einem Andern detinirten Grundstück, aber doch mit Erlaubniß dieses Andern befindet.

d. §. 6. Die subjective Custodia. Der innere Grund der objectiven und subjectiven Custodia.

Die Custodia, die ich bisher dargestellt habe, kann man

109) Varro de re r. II, 1, 16: Itaque greges ovium longe abiguntur ex Appulia in Samnium aestivatum, atque ad publicanum profitentur, ne si inscriptum pecus paverint, lege censoria committant. Was die l. censoria ist, erklärt Quinctilian: quod quis professus non est apud publicanos, pro commisso tenetur; daher publicano scrutari licet; quod quis professus non est, perdat. Die legisactio per pignoris capionem (Gai. 4, 28) besteht daneben.

die objective nennen; sie besteht nämlich in einem Verhältniß der Mobilie zum Grundstück, d. h. von Sache zu Sache; das Verhältniß des Besitzers zur Mobilie wird erst durch das Grundstück vermittelt, dadurch nämlich, daß der Besitzer zum Grundstück freien Zutritt hat. Fragt man nun nach dem inneren Grunde dieser Custodia, so kann die Antwort nicht eher ertheilt werden, bis ihr Seiten- und Gegenstück erörtert ist: die subjective Custodia, bei welcher der Besitzer in unmittelbarem Verhältniß zur Sache steht. Von ihr handelt die l. 51 h. t.:

> Javol. l. 5 ex posterior. Labeonis: Quarundam rerum animo possessionem adipisci nos, ait Labeo; veluti si acervum lignorum emero et eum venditor tollere me jusserit; simulatque custodiam posuissem, traditus mihi videtur; idem juris esse vino vendito, quum universae amphorae vini simul essent.

Zuerst möchte ich aus dem Fragment ein Argument zu Gunsten meiner Auffassung der objectiven Custodia entnehmen. Der Verkäufer will nämlich den Holzhaufen und den Wein nicht auf seinem Grundstück lagern lassen und befiehlt dem Käufer, ihn wegzunehmen; um Besitz zu ergreifen, muß der Käufer einen Wächter bestellen. Argumento e contrario folgt, daß, wenn Verkäufer nicht jene Erklärung abgegeben, sondern darein gewilligt hätte, daß die Sache im Namen des Käufers auf dem alten Platze lagere, der Käufer daran den Besitz erworben hätte. Es ist nun ferner bemerkenswerth, daß in der Lex nicht davon die Rede ist, daß die beiden Parteien bei dem Kaufobject gegenwärtig gewesen seien, vielmehr erhellt das Gegentheil daraus, daß die Bestellung eines Wächters im Fall der Gegenwart der Parteien zur Besitzergreifung nicht

nöthig gewesen wäre[110]); also erhalten wir, wenn wir von jenem arg. e contr. ausgehen, einen Fall des Besitzerwerbs, der dem in l. 55 de acq. dom. behandelten ganz analog ist; auch abwesend erwirbt jemand dadurch Besitz, daß er die Sache auf einem fremden Grundstück lagern lassen darf.

Doch ich wende mich zu jenem Wächter; er hat bereits die Aufmerksamkeit von Brinz[111]) wie von Lenz[112]) auf sich gezogen, und so verschieden auch ihre Worte sind, so haben sie dennoch Beide die gleiche Meinung. Brinz schreibt: „wir müssen zwar diesem Custos die Ehre eines Mandatars lassen, allein sein Mandat geht nicht auf Erwerb, sondern bloß auf Bewachung"; Lenz hinwiederum: „dieser Andere (custos) ist nicht das Organ, durch das wir Besitz erwerben (solchen Falles müßte er doch immer, wenn auch für uns, Besitz erwerben wollen), sondern ein bloßes Instrument, das statt unserer die Custodia ausübt". Beide Schriftsteller sprechen demnach dem custos der l. 51 die Eigenschaft eines Stellvertreters im corpus ab. Ich kann ihnen nicht bestimmen; jener Custos ist zwar weit von dem Einkaufsmandatar, dem Depositar, dem Miether unterschieden; allein er ist ebenso sicher wie diese Stellvertreter im corpus des Besitzes; er unterscheidet sich von diesen nur dadurch, daß er die Sache mit seiner Person bewacht, während jene theils nur durch ihr Grundstück die Sache schützen (so der Depositar), theils durch ihre Person und ihr Grundstück (Mandatar, Miether[113])). Aber custodes sind sie Alle: die Sache ist durch sie bewacht, geschützt. Sie alle haben keineswegs die Stellung eines

110) L. 1 §. 21. h. t.

111) Pand. S. 67.

112) A. a. O. S. 187 ff.

113) Das werde ich in §. 13 auf Grund der Argumentation Papinian's in l. 47 zeigen.

Stellvertreters in der Obligation; auch Procuratoren, Tutoren, Curatoren, welche Besitz ergreifen, schaffen keinen Willen im Namen eines Anderen; sie sind bloße Diener, denen eine rein mechanische Thätigkeit, die Bewachung, obliegt: operam duntaxat suam accomodant, alium possessorem ministerio meo facio[114]); also stehen sie mit dem custos in l. 51 auf gleicher Linie. Der custos der l. 51 ist also nichts Besonderes und nichts Außergewöhnliches; im Gegentheil, an ihm wird klar, worin das Wesen des Corpus, falls Personen dabei mitwirken, besteht; daher zögert der Jurist auch nicht, das, was er soeben im Stellvertreter erfordert hatte, vom Besitzer selbst zu verlangen, wenn er sich keines Vertreters bediente; dann muß der Besitzer selbst bewachen: nihil interest, utrum mihi an cuilibet jusserim, custodia tradatur; nihil video interesse, utrum ipse acervum an mandato meo aliquis custodiat; dieses Bewachen genügt zur Ergreifung des corpus, weil dieses niemals nach rein realistischen Gesichtspunkten zu beurtheilen ist: sed videamus, ne haec corporis traditio sit...., utrubique animi quodam genere possessio erit aestimanda[115]).

Der Besitz läßt sich dem Eigenthum parallelisiren; wie in diesem, so kann man auch in jenem eine positive und negative, eine innere und äußere Seite unterscheiden. Man darf weiter behaupten, daß, wenn nur die negative oder äußere Seite gehörig wahrgenommen wird, die Vernachlässigung der positiven oder inneren nichts schadet. So geht das Ei-

---

114) l. 1 §. 20 l. 18 pr. h. t.

115) Im Uebrigen ist es für das Verständniß der Lex von keinem Einfluß, ob man mit Savigny S. 243 die Worte von in eo puto bis zum Schluß dem Javolen oder mit Lenz S. 188 f. dem Labeo zuschreibt; nur für die Rechtsgeschichte ist die Controverse von Interesse. Ich selbst trete Lenz bei.

genthum nicht verloren, auch wenn der Eigenthümer die Sache gänzlich unbenützt läßt, vorausgesetzt jedoch, daß sie sich nicht im fremden Besitz befindet. So wird auch der Besitz erworben und erhalten, auch wenn der Besitzer keine Acte physischer Herrschaft vornimmt, vorausgesetzt jedoch, daß die Sache gegen jeden Dritten geschützt ist. Die innere oder positive Seite ist dem freien Belieben des berechtigten Individuum anheimgestellt; mit Recht: weil die Nichtausübung zwar eine Unthätigkeit enthält, aber eine absichtlich gewollte, so daß ihre Basis doch eine Willensthätigkeit ist; denn das Ruhen des Willens ist gleichfalls ein Willensact.

Nicht also dadurch wird der Besitz erworben, daß Jemand die gegenwärtige Möglichkeit hat, auf die Sache einzuwirken und Andere auszuschließen; nicht dadurch erhalten, daß diese Möglichkeit reproducirt werden kann. Beides (Erwerb und Fortsetzung) geschieht vielmehr dadurch, daß die Sache im Interesse Jemandes gegen jeden Dritten geschützt, gewahrt ist; mag auch für den Besitzer die Möglichkeit der Einwirkung noch so fern liegen.

Worin liegt nun die Beschützung der Sache, die Abwehr dritter Personen? Ich habe, was die Mobilien betrifft, im Vorangegangenen zwei Arten entwickelt: 1) die Bewachung mit der eigenen Person resp. mit einem Stellvertreter; 2) den Schutz, den das Grundstück allen darauf befindlichen Mobilien giebt. Hiervon bedarf die erste Art keiner weiteren Erklärung, um so mehr die zweite.

Gehen wir von den Grundstücken aus, die Jemand in seiner Detention hat. Savigny hebt unter ihnen die Gebäude heraus, die wir in eigenem Gebrauch haben; darüber, meint er, haben wir sicherere Herrschaft als über alles andere Vermögen und deshalb auch die Custodia über alle darin enthaltenen Sachen. Ich habe schon früher darauf aufmerk-

sam gemacht, daß Savigny unter dem Hause keineswegs das Wohnhaus, sondern auch z. B. einen Speicher versteht. Was für ein Unterschied besteht nun zwischen dem Farbholz, welches in Speichern aufbewahrt wird, und zwischen Brenn- und Nutzholz, welches auf Holzplätzen liegt? Die größere Sicherheit des Farbholzes liegt bloß im Verschluß, und der läßt sich ohne allzu große Mühe bei Seite räumen. Es giebt vielmehr einen Grundsatz, welcher alle Gegenstände, die auf den in unserer Detention befindlichen Grundstücken lagern, mit einer Schutzwehr umgiebt; das ist der Grundsatz, daß Niemand ein fremdes Grundstück ohne Wille des Detentors betreten darf. Savigny's Theorie beruht auf dem Satze: my house is my castle, die meinige hingegen auf dem Prinzip des deutschen Pfändungsrecht; denn wenn auch das Pfändungsrecht selbst dem römischen Recht unbekannt ist, so ist ihm doch nicht sein Grundgedanke fremd; ein Jeder kann vom Detentor am Betreten des Grundstücks abgehalten werden, es pflegt dies freilich nur dann zu geschehen, wenn er einen vom Detentor nicht gebilligten Zweck verfolgt, z. B. wenn er jagen will, und daher spricht l. 3 §. 1 de acq. dom. auch nur hiervon.

Die eigene Detention ist demnach eine Schutzwehr für die darauf befindlichen Sachen; denn jedes Grundstück ist ein befriedeter Raum, der außerhalb des Grundstücks Stehende kann nicht sofort die Sache ergreifen, er muß erst auf das Grundstück treten, um zu der Sache zu gelangen, d. h. die um die Sache gezogene Schutzwehr beseitigen. Wenn daher ein Gutsbesitzer einen Pflug durch Briefwechsel kauft, und ihn die Leute des Verkäufers auf dem Felde des Gutsbesitzers absetzen, so erwirbt der Gutsbesitzer die Custodia und (vorausgesetzt, daß er den anim. possidendi hat) den Besitz des Pfluges, trotzdem weder er noch seine Leute jemals bei dem Pfluge

gegenwärtig gewesen sind. Dieselbe Custodia behält der Ackersmann, der seinen Pflug auf dem Felde stehen läßt. In beiden Fällen ist die Bedingung des Erwerbes und der Fortdauer des Besitzes dieselbe, nämlich das Vorhandensein der Custodia; man darf keineswegs sagen, daß hier etwa der Besitz solo animo ergriffen oder fortgesetzt werde; die Quellen wissen bei Mobilien (außer bei dem Sclaven) nichts von einer possessio solo animo.

Es giebt aber nicht bloß in der persönlichen Bewachung eine Stellvertretung[116]), sondern ebenso in dem Schutze, welchen die eigene Detention eines Grundstücks den darauf befindlichen Sachen gewährt. Das heißt: ich kann der eigenen Detention eine fremde substituiren, vorausgesetzt, daß der Detentor des Grundstücks einwilligt; denn durch diese Einwilligung und so lange er bei dieser Einwilligung verharrt[117]), tritt er den Schutz, den sein Grundstück gewährt, soweit es von meiner Sache in Anspruch genommen wird, an mich ab. Man thut deshalb Unrecht, wenn man allgemein[118]) von der Apprehensions*handlung* des Stellvertreters spricht; ein bestellter Wächter *handelt* allerdings in Vertretung des Besitzerwerbers; von den übrigen Vertretern hingegen tritt nur der Vormund, Einkaufsmandatar, Miether, Commodatar *handelnd* auf; nicht hingegen der Depositar, denn dieser gewährt bloß den Boden, und wenn er persönliche Bewachung übernähme, so würde er sich in einen Mandatar umgestalten[119]); ferner nicht der Eigenthümer in l. 55 de acq. dom., der

---

116) Darüber s. l. 51 h. t. u. oben S. 103 f.

117) Sowie er von dieser Einwilligung zurücktritt, z. B. den animus sibi poss. annimmt, hört der Besitz auf; s. unten §. 13.

118) Nur bei Immobilien ist es unbedingt wahr.

119) l. 1 §§. 12. 13 dep. 16, 3.

einem Anderen die Erlaubniß gab, in seinem Walde den Ebern Schlingen zu stellen; dieser hat nicht einmal einen Depositalvertrag abgeschlossen; er hat nur die Custodia an den Schlingensteller abgetreten. Noch besser wäre es freilich, solche Leute wie den Depositar und den Eigenthümer in l. 55 cit. gar nicht Stellvertreter zu nennen; auch erinnere ich mich keines Quellenzeugnisses, worin dem Depositar die Rolle eines Stellvertreters zugewiesen, und das corpus als alienum bezeichnet würde.

Einen interessanten hierher gehörigen Rechtsfall enthält die l. 17 §. 15 de aed. ed. 21, 1; es handelt sich daselbst um die Frage, ob der Besitz erhalten werde, wenn die Sache von dem Orte, wo sie sich mit Erlaubniß des Grundstücksinhabers aufhält, an einen Ort gelangt, der gleichfalls in derselben Detention ist. Ist nämlich meine Ansicht richtig, so muß hier der Besitz verloren gehen, weil die Erlaubniß des Detentor bezüglich des neuen Ortes fehlt.

> (Ulpianus) Apud Caelium scriptum est, liberti apud patronum habitantis sic, ut sub una clave tota ejus habitatio esset, servus ea mente, ne rediret ad eum, extra habitationem liberti fuit, sed intra aedes patroni et tota nocte oblituit; videri esse fugitivum, Caelius ait. Plane si talem custodiam[120]) ea habitatio non habuit, et in ea cella libertus habitavit, cui commune et promiscuum plurium cellarum iter est, contra placere debere, Caelius ait et Labeo probat.

---

120) Dies Wort ist hier nicht technisch gebraucht; das geht hervor aus dem Zusatz talem (es giebt keine verschiedene Arten oder Grade der Custodia) und aus den Worten habitatio custodiam habuit (bei der technischen Custodia heißt es immer res sub nostra custodia est).

Die Lex behandelt einen Sclaven, und untersucht, mit welchem Moment er fugitivus werde. Ich muß deshalb einige Bemerkungen vorausschicken, um zu erklären, weshalb ich sie für die Lehre der Custodia benutzen darf. Aus der vielfach citirten l. 3 §. 13 und aus l. 47 h. t. wissen wir zwar, daß zum Besitz des Sclaven keine Custodia nothwendig sei; dies bedeutet aber nicht etwa, daß, wenn die Custodia vorhanden und der Sclave nicht besessen sein wolle, kein Besitz stattfinde, sondern nur, daß, wenngleich keine Custodia vorhanden ist, dennoch der Sclave besessen werde, wenn er nur den animus revertendi hat. Ich werde hierfür im §. 10 weitere Beweise bringen; unsere Lex bietet gleichfalls einen Beleg für meine Ansicht. — Aber auch noch eine zweite Bemerkung muß ich vorausschicken. Unsre Lex handelt nämlich nicht davon, ob der Besitz am Sclaven verloren gehe, sondern ob er fugitivus werde; das rührt daher, daß die Römer auch am fugitivus den Besitz fortdauern ließen; dies hatte aber, wie ich in §. 10 nachweisen werde, lediglich in Utilitätsrücksichten seinen Grund; Fugitivität des Sclaven bedeutet demnach nach der ratio juris so viel als Besitzverlust bei andern Sachen [121]).

Nun wende ich mich zum Inhalt der Lex. Der Libertus wohnte beim Patron [122]), mit ihm sein Sclave; letzterer faßt

---

121) Die Fugitivität war namentlich von Interesse bei der Haftung aus dem ädilicischen Edict; l. 1 §. 1 de aed. ed. 21, 2: aiunt Aediles: qui mancipia vendunt, certiores faciant emtores, quid morbi vitiique cuique sit, quis fugitivus errore sit...

122) Vielleicht, weil er dem Patron Dienste versprochen, und dieser ihm angesagt hatte (indicere), bei ihm zu wohnen (l. 38 §. 1 de op. lib. 38, 1... ut cum patrono moretur); denn die stipulatio operarum ist unbestimmt: tales patrono operae dantur, quales ex aetate, dignitate, valetudine, necessitate, proposito ceterisque ejus generis in utraque persona aestimari debent, l. 16 §. 1 eod.

den Entschluß, zu fliehen und verbirgt sich eine ganze Nacht zwar innerhalb des Herrenhauses, aber doch außerhalb der Wohnung des Libertus. Der Jurist entscheidet: der Sclave ist fugitivus, wenn der Libertus eine für sich abgeschlossene (sub una clave), selbständige Wohnung mit eignem Zugang [123]) hatte; ist aber seine Wohnung nicht so belegen, sondern führt dazu ein Zugang, den sie mit andern Wohnungen im Herrenhause gemeinsam hat, so ist der Sclave nicht fugitiv. Die Entscheidung ist nach der Savigny'schen Theorie nicht zu erklären; denn welcher Art auch der Eingang zur Wohnung des Libertus sein mag, immer hat der Libertus die Möglichkeit, die Detention des Sclaven zu reproduciren; Savigny selbst stellt für die Fortdauer des Besitzes am Sclaven — abgesehen von dem animus revertendi und der Fiction des Besitzes beim fugitivus — keine anderen Grundsätze als bei andern Sachen auf, er spricht sich vielmehr ausdrücklich für die Geltung derselben aus [124]). — Nach den von mir entwickelten Grundsätzen ist die Entscheidung eine echt juristische; war die tota habitatio sub una clave, bildete sie einen selbständigen Theil des Herrenhauses, so durfte der Libertus mit den Seinigen sich nur in dem Umfang des Wohnhauses herumbewegen, und nur insoweit war ihm die Custodia abgetreten; wohnte er hingegen in einer cella des Hauptgebäudes [125]), so durfte er sich natürlich mit den Sei-

---

123) Denn das ist die Bedeutung der habitatio tota sub una clave; darauf, daß sie verschlossen ist, kommt nichts an, wie schon der Gegensatz der cella cui commune et promiscuum plurium cellarum iter est beweist; denn auch diese Kammer (cella) wird wohl bei Nacht verschlossen worden sein.

124) S. 400 N. 1.

125) Die Sclaven und Freigelassene wohnten in den hinteren und abgelegnen Theilen des Stockwerks oder auch im oberen Stockwerk; Bekker, Gallus Bd. 2 S. 194.

nigen außer in seiner Kammer noch in den übrigen gemeinsamen Räumen (Höfe, Gänge) aufhalten, und nur in den letzteren hatte der Sclave Gelegenheit, sich zu verstecken.

Ich kann dieses Resultat auf die beiden andern Sachgruppen, die Thiere und die leblosen Mobilien, übertragen.

a. Tritt ein Thier vom Weideplatz auf ein benachbartes Grundstück über, so ist die objective Custodia verloren; der Besitz ist also nur dann erhalten, wenn der Hirt gegenwärtig, d. h. eine subjective Custodia vorhanden ist; allein auch diese subjective Custodia hört auf, sobald das Thier sich in den Schluchten des Nachbargrundstückes verirrt; der Besitz hat alsdann sein Ende, und dies wird durch die l. 3 §. 13 h. t. (oben §. 5) vollständig bestätigt.

b. Habe ich einen Holzplatz gemiethet, und wird das Holz vom Wasser weggespült und auf einen angrenzenden und selbst demselben Eigenthümer gehörigen Platz getrieben, so ist die objective Custodia verloren; der Besitz hängt demnach davon ab, ob ich einen Wächter bestelle. — —

Das Resultat ist demnach für die Sachen über der Erde:

1. Der Erwerb und die Fortdauer des Besitzes unterliegen denselben Bedingungen; vergl. hiezu noch §. 7 am Ende.
2. Zu dem Erwerb ist die Möglichkeit, auf die Sache unmittelbar einzuwirken, resp. Andere auszuschließen, nicht nothwendig, ebensowenig zu der Erhaltung die Möglichkeit der Reproduction der Einwirkung auf Ausschließung.
3. Vielmehr wird zu Beidem erfordert, daß Andere von der Sache wirklich ausgeschlossen sind, d. h. daß die Sache vor Jedem außer dem Besitzer gewehrt, geschützt ist (daher custodia). Diese Wehr ist
   a. eine persönliche, indem ihr Besitzer selbst oder ein Mandatar die Sache bewacht (subjective Custodia),

b. eine sachliche, indem die Sache sich auf einem für ihren Besitzer befriedeten Raume befindet, d. h. auf einem Grundstück, das er selbst detinirt, oder auf welchem er sie mit Erlaubniß des Grundstückinhabers niedergelegt, letzteres so lange die Erlaubniß dauert (objective Custodia).

4. Bei Sclaven und Thieren mit consuetudo revertendi gelten zum Theil abweichende Grundsätze (§§. 8. 10).

e. §. 7. Begriff der objectiven Custodia bei Sachen unter der Erde,

dargestellt aus l. 44 pr. und l. 3 §. 3 de poss.

Bei Sachen, welche sich unter der Erdoberfläche befinden, kann natürlich keine subjective, sondern nur eine objective Custodia Statt finden; denn Kellerräume und Aehnliches, wo Menschen sich aufhalten könnten, gehören eben zur Erdoberfläche.

In wessen Custodia ist nun die vergrabene Sache? Die in der Ueberschrift citirten und bereits in §. 5 behandelten Fragmente lassen hierüber keinen Zweifel: der Detentor des Grundstücks hat sie nicht, sondern vielmehr wer sie vergraben hat; wenn sie aber nicht vergraben wurde, sondern von Uranbeginn im Schooß der Erde liegt, so ist die Sache in Niemandes Custodia, d. h. besitzlos.

Es handelt sich um die Auffindung des rationellen Grundes dieser Bestimmungen. Wenn nun in §. 6 gezeigt worden ist, daß aller Besitz an Mobilien auf deren Wehrung beruht, auf ihrer Schützung gegenüber jeder dritten Person, so ist von vornherein so viel klar, daß, wer die Sache vergräbt, sie hat wehren wollen[126]; wozu hätte er sie sonst den Blicken

126) Auch heißt es in l. 44 pr. wiederholt, die Sache sei custodiae causa vergraben worden.

Aller entrückt? Die Frage ist demnach nur, ob er sie wirklich genügend gewehrt hat.

Wir stoßen hier auf einen Gegenstand, welcher in der Lehre vom Grundeigenthum wiederkehrt und hier in neuester Zeit einer besonderen Darstellung in zwei Abhandlungen, darunter eine von Jhering, sich erfreut hat. Die Frage nämlich: wie weit reicht das Grundeigenthum in die Höhe und in die Tiefe? muß beim Besitz gleichmäßig wiederholt werden. Die Schwierigkeit der Beantwortung ist hier wie dort dieselbe; ja, sie ist in der Lehre vom Besitz gewachsen, denn außer den beiden citirten Fragmenten haben wir nichts, woraus wir uns Raths erholen könnten; doch aber glaube ich, eine befriedigende Antwort ertheilen zu können.

Ich mache nämlich darauf aufmerksam, daß die Custodia nicht etwa das Eigenthum oder den Besitz, sondern bloß die eigene Detention des Grundstücks, auf dem die Sache sich befindet, resp. die Erlaubniß des fremden Detentor zur Grundlage hat. Wäre jenes der Fall, so könnte man mannigfache Zweifel aufwerfen; allein, da es sich bloß um Detention handelt, so darf man mit Sicherheit behaupten, daß die Erdoberfläche allein den Raum bildet, welcher als für den Detentor befriedet gilt, denn der Detentor hat nicht den Willen, unter die Erde zu steigen; er will nur die Erdoberfläche benutzen, gebrauchen; sein Wille geht nicht auf die Sache selbst, sondern nur auf die mathematischen Grenzen derselben: die Erdfläche; wollte er mehr, so würde er aufhören, Detentor zu sein und sich in einen Besitzer verwandeln; weil er bloß dies will, wird dem Miether, Pächter u. s. w mit Recht kein juristischer Besitz zugeschrieben, sondern bloß ein esse in possessione, d. h. der Aufenthalt in den mathematischen Grenzen des Besitzobjects. Diese Erdfläche hat auch in der Höhe ihre

juristischen Grenzen; so wie Jhering die „Eigenthumsatmosphäre“ da aufhören läßt, wo das praktische Bedürfniß aufhört [127]), so hört meines Erachtens dort auch die mit dem Grundstück verbundene Custodia auf; um bei dem von Jhering S. 90. 91 fingirten Beispiel zu bleiben: wenn am Abhang eines senkrecht niederfallenden Felsens der dortige Grundeigenthümer eine Brüstung in die Luftsphäre des 1000 Fuß unten liegenden Grundstücks hinausbaut, so hat der Eigenthümer des letzteren keineswegs die Custodia an der Brüstung.

In die Tiefe aber erstreckt sich die Custodia des Grundstückinhabers nicht. Deshalb ist die vergrabene Sache nicht bloß gegen jeden Dritten, sondern auch gegen den Grundstückinhaber selbst gewehrt, und wer sie vergräbt, behält den Besitz daran, auch wenn er nicht die Erlaubniß des Grundstücksdetentor zum Vergraben erhalten hat, — die doch bei Sachen über der Erde nothwendig ist.

Alles dies setzt Papinian in l. 44 pr. h. t. aus einander. Weil das Vergraben custodiae causa geschehen ist, so bleibt der Besitz erhalten; auf den Ort des Vergrabens

---

127) Diese Jahrbücher Bd. 6 S. 89 f. Ich stimme der Ausführung Jhering's gegenüber der von Werenberg bei; die Occupationstheorie des Letzteren hat richtige ökonomische Gesichtspunkte unrichtig auf die Jurisprudenz übertragen. Jhering's Prinzipien lassen freilich eine gewisse Unbestimmtheit in der praktischen Anwendung zurück; allein hierin liegt nicht bloß eine grausame Nothwendigkeit, sondern gerade ein Vorzug. Sowie die Lebens- und Wirthschaftsverhältnisse, die Anschauungen und Zustände der Personen in fortwährendem Fluß begriffen sind, so muß auch die Subsumtion der Thatsachen unter die Rechtssätze sich fortwährend ändern; die Rechtssätze bleiben dieselben, sie werden nur je nach den Bedürfnissen des Lebens zu verschiedenen Zeiten auf verschiedene Thatsachen angewendet.

kommt nichts an. Ja, in Papinian's Ausführung findet sich ein neues Moment, das meine Theorie in hohem Grade bestätigt. Der Vergrabende hat nämlich den Ort des Vergrabens vergessen; hat dies auf den Besitz Einfluß? Wenn das corpus des Besitzes lediglich in der Wehrung gegen dritte Personen besteht, gewiß nicht; denn die Lage der Sache bleibt dieselbe, mag ihr Besitzer ein vergeßlicher Mensch sein oder nicht; gewiß aber müßte das Vergessen von Einfluß sein, wenn die Savigny'sche Theorie richtig wäre[128]).

Es ist jetzt ferner bewiesen, daß Savigny sich mit Unrecht auf l. 3 §. 3 und l. 44 pr. cit. beruft, um darzuthun, daß die Quellen selbst einen Unterschied in den Erfordernissen des Besitzerwerbs und der Besitzesfortsetzung machen. Ich bin dieser Ansicht bereits früher in §. 2 S. 56 unter Berufung auf l. 3 §. 14 h. t. entgegengetreten. Der Zweifel, welcher dort we-

---

128) Zwar meint Savigny S. 397 f., „die besondere Anstalt, die zu ihrer Aufbewahrung getroffen ist, sichert ihm das Finden für die Zukunft"; allein es soll ja der Besitz nur dann fortdauern, wenn „das Verhältniß unmittelbarer Herrschaft nach Willkür reproducirt werden kann" (Savigny S. 345), und das ist doch eben hier nicht der Fall, wie schon Bruns, Jahrb. f. g. R. 4,40 bemerkt hat. Auch Lenz S. 258 f. polemisirt gegen Savigny; seine eigne Ansicht culminirt in folgenden Worten: „Hätten wir auch wirklich vergessen, wo wir die Sache gelassen, so kann dieser rein factische Umstand doch nicht als Endigungsgrund für ein Rechtsverhältniß gelten; unser Besitzwille hat dadurch keineswegs die objective Sicherheit verloren". Man ersieht hieraus einerseits, daß Lenz die Stelle nur dadurch zu erklären vermag, daß er den Besitz für ein Recht erklärt, andererseits, daß die Lenz'sche objective Sicherheit jedes concreten Inhalts entbehrt. Was aber insbesondere die Behauptung anbetrifft, daß factische Umstände kein Rechtsverhältniß endigen können, so ist sie sicher unhaltbar; denn wenn sich das Thier verirrt, liegt hierin kein „factischer Umstand"? und doch geht hier der Besitz unter Umständen verloren. Und wenn ein wildes Thier entflieht, liegt hierin kein factischer Umstand?

gen der von Savigny angezogenen Leges übrig bleiben mußte, ist jetzt gleichfalls erledigt. Nicht deshalb wird der Erwerb des Besitzes in l. 3 §. 3 abgeleugnet, die Fortdauer in l. 44 pr. zugestanden, weil es sich dort um Erwerb, hier um Fortdauer handelt, vielmehr hat dies darin seinen Grund, daß der Grundstücksinhaber nur die Custodia der Sachen auf der Oberfläche des Grundstücks hat. Könnte hierüber noch ein Zweifel obwalten, so hebt er sich durch die Worte in l. 44 pr.: quum si alius in meo condidisset, non alius possiderem, quam si ipsius rei possessionem supra terram adeptus essem, d. h. doch eben der Grundstücksinhaber erwirbt den Besitz der vergrabenen Sache, wenn sie (wenn auch durch Zufall, s. §. 5) an die Erdoberfläche gelangt ist; in diesem Augenblicke muß ihn demnach derjenige, der die Sache vergraben hat, verlieren, und es ist ohne Belang, daß er den Besitz bloß fortsetzen will. — Es folgt aus dem Begriff der Custodia von selbst, daß ihre Erfordernisse dieselben bleiben, gleichviel ob es sich um den Erwerb oder die Fortsetzung des Besitzes handelt; die subjective Custodia besteht in eigener Bewachung oder in der Bestellung eines Wächters; die objective darin, daß die Sache auf dem selbst detinirten Grundstück oder auf einem fremden mit Erlaubniß seines Inhabers sich befindet; auf solche Verhältnisse hat es offenbar keinen Einfluß, ob der Erwerb oder die Fortsetzung des Besitzes in Frage steht. Nun wird man mir vielleicht den Ausspruch von Nerva entgegenhalten:

> l. 3 §. 13 h. t.: Nerva filius, res mobiles, excepto homine, quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri, id est, quatenus si volimus, naturalem possessionem nancisci possimus.

Ich will auch sofort zugeben, daß Paulus diese Worte an der Stelle anführt, wo er die Fortdauer resp. den Verlust

des Besitzes behandelt, und daß ein Gleiches Seitens Papinian in l. 47 bezieht. Allein die Worte selbst nöthigen nicht zu einer solch beschränkten Auffassung; sie passen auch auf die Besitzergreifung; hactenus — quatenus bezeichnen in unserm Fragment [129]) eine Beschränkung in der Zeit; nun ist aber jeder Zeitaugenblick Anfang und Ende zugleich, und also fällt unter jene Worte der Erwerb ebensowohl wie die Fortsetzung. Warum aber, wird man fragen, hat Paulus den Nerva'schen Ausspruch nicht bereits im §. 3 der l. 3, wo er vom Erwerb des Besitzes an Mobilien handelt, angeführt? Die Antwort hierauf ist folgende: Nerva's Definition hat einen Fehler, sie paßt nur auf Sachen über der Erde; denn von dem, welcher die Sache vergraben hat, läßt sich nicht sagen, daß er die Detention der Sache nach Belieben (si velimus) ergreifen könne, vielmehr bedarf er der Erlaubniß des Grundstücksinhabers, um das Grundstück zu betreten; Paulus aber bespricht im §. 3 gerade eine unter der Erde befindliche Sache. — Uebrigens verdient Nerva deshalb, weil seine Definition zu eng ist, keinen Vorwurf; er richtete sich eben nach den gewöhnlichen Verhältnissen; wie selten werden Sachen vergraben!

f. Anwendungen der Custodia.

α. §. 8. Thiere.

Es kommt mir nunmehr darauf an, den gefundenen Begriff der Custodia an andern Quellenzeugnissen zu prüfen, und nachdem er sich daran bewährt, ihn zur Entscheidung von Streitfragen zu benutzen.

Von den Fällen körperlicher Gegenwart bei der Sache

---

129) Ursprünglich mögen sie wohl eine Beschränkung im Raume angeben, denn hactenus ist wohl = hac parte tenus.

will ich nicht handeln, da ich hier von Savigny nicht differire. Unter den übrigbleibenden Fällen, die sämmtlich der objectiven Custodia angehören, interessiren uns vor Allem die Thiere.

Die Römer scheiden sie bekanntlich in drei Arten: wilde, zahmgemachte und zahme. Die Eigenthumsverhältnisse an ihnen sind folgende: Die zahmen Thiere folgen ganz den Grundsätzen der leblosen Mobilien, wir behalten also auch das Eigenthum an ihnen, wenn sie fortgelaufen sind und sich nicht wieder zurückfinden; für die zahmgemachten bildete sich nach und nach der Grundsatz, daß das Eigenthum davon abhänge, ob sie animus und consuetudo revertendi haben; bei den wilden endlich war das Eigenthum an die Custodia geknüpft [130]). Die Besitzverhältnisse mußten bei der ersten Art sich anders gestalten, bei der zweiten und dritten Art hingegen sind sie analog entwickelt worden.

Das, was die Thiere voraus haben, ist die Naturkraft, die in ihnen ruht; wollen wir von ihnen Besitz ergreifen, so müssen wir uns erst diese Naturkraft unterwerfen; erst dann ist es möglich, daß wir die Thiere dritten Personen gegenüber wehren; eine Vorbedingung für die Herstellung der Custodia ist demnach, daß wir die Thiere ihrer natürlichen Freiheit berauben; die Custodia aber selbst entsteht dadurch, daß sie sich auf einem Grundstück befinden, welches entweder in unserer Detention ist, oder auf welchem sie sich mit Erlaubniß des Detentors aufhalten.

Freilich ist bei zahmen Thieren die Naturkraft zu keinem Freiheitsdrang gestaltet; sie suchen sich also uns nicht zu entziehen und brauchen nicht gebändigt zu werden; daher stellt denn l. 3 §. 13 h. t. das Heerdenvieh auf eine Stufe mit dem entfallenen Ringe. Den zahmen hinwiederum stehen die

---

130) l. 3. 4. 5. de acq. dom. 41, 1.

zahmgemachten gleich; ein Verschließen ist bei ihnen nicht nothwendig, die Custodia wird auf die regelmäßige Weise hergestellt; daher heißt es in l. 3 §. 15 h. t.:

> aves autem possidemus, quas inclusas habemus, aut si quae mansuetae factae custodiae nostrae subjectae sunt;

was bei den in natürlicher Freiheit befindlichen Vögeln der Käfig bewirkt, das bewirkt bei den übrigen die Zähmung; der Verschluß also ist nur bei jenen, nicht bei diesen nothwendig, bei beiden aber gehört zum Besitz die Custodia.

Es ist aber bereits früher (in §. 2. II) ausgeführt worden, in welcher Weise und durch welche Einrichtungen die Römer die wilden Thiere ihrer natürlichen Freiheit beraubten, es ist gezeigt worden, daß es bei den vivaria, piscinae und aviaria nicht auf ihren Umfang, sondern auf ihre Umfassung ankommt; daß also der Besitz nicht davon abhängt, ob Jemand die gegenwärtige Möglichkeit habe, die Detention des Thieres zu ergreifen, resp. jene Möglichkeit zu reproduciren; sondern vielmehr davon, ob das Thier seiner natürlichen Freiheit beraubt ist und sich auf einem Grundstück befindet, welches der, welcher den Besitz des Thieres haben will, in Detention hat. Gerade bei all diesen Thieren haben wir das Wort custodia nicht nur in Juristenschriften, sondern in den Werken Varro's und Columella's gefunden, — ein Beweis, daß das Wort von der Jurisprudenz entweder dem Leben entlehnt oder in's Leben verpflanzt ward; auf alle Fälle ein Beweis, daß das Wort eine bestimmte technische Bedeutung hatte.

Was aber von jenen Thierbehältern gilt, gilt auch von der Schlinge, in die das Thier sich fest verfangen hat; sie raubt ihm die natürliche Freiheit und giebt mir den Besitz und das Eigenthum, vorausgesetzt, daß ich sie auf einem von mir

detinirten Grundstück oder auf einem fremden mit Erlaubniß des Detentor aufgestellt habe (l. 55 de acq. dom.). Habe ich freilich das Thier bloß verwundet, und zwar so, daß es möglicherweise mir nicht entwischt (ut capi possit), so ist ihm die natürliche Freiheit nicht genommen, und der Besitz von mir nicht erworben (l. 5 pr. de acq. dom.); hätte ich es aber so verwundet, daß es bald zusammenbrechen muß und mir also nicht entgehen kann (ut capi debeat), so würde ich Besitz und Eigenthum erworben haben. Es kommt dann nicht einmal darauf etwas an, ob ich mich auf meinem Grundstück oder auf einem fremden befinde; denn selbst, wenn Letzteres der Fall und obgleich ich keine Erlaubniß auf dem Grundstück zu verweilen habe, erwerbe ich dennoch den Besitz, weil meine persönliche Gegenwart eine subjective Custodia erzeugt.

Bis hierher ist Alles klar. Schwierigkeiten aber mußten hinsichtlich derjenigen Thiere entstehen, die zwar in ihrer natürlichen Freiheit sind, aber doch den animus (sic!) revertendi [131]) haben. Die Schwierigkeit entsteht aber nicht etwa von der Seite der natürlichen Freiheit her; denn diese wird eben durch den animus und die consuetudo revertendi paralysirt, vermöge deren das Thier von seiner natürlichen Freiheit keinen Gebrauch macht. Die Schwierigkeit entsteht vielmehr von der Seite der custodia her; denn jene Thiere begeben sich auf fremde Grundstücke, wo ihnen der Aufenthalt nicht zusteht, wie die cervi, qui ita quidam mansuetos habeant, ut in silvas [132]) eant et re-

131) Also haben Thiere einen animus, wenn auch nur den animus revertendi; woran erkennt man ihn aber? intelliguntur autem (sagt Gaius in l. 3 §. 5 de acq. dom. 41, 1) desiisse revertendi animum habere tunc, quum revertendi consuetudinem deseruerint.

132) Auf den Plural silvas lege ich Gewicht; denn stände sil-

deant[133]), oder auf fremde Bäume, wie die Bienen, oder sie erheben sich in die Lüfte, wie die Pfauen und Tauben, und in allen diesen Fällen kann man nicht sagen, daß sie sich in einem Raume befänden, der für ihren bisherigen Besitzer[134]) als befriedet gelten könnte. Daher denn auch unter den römischen Juristen Streit gewesen ist. Zwar für das Eigenthum, das bei wilden Thieren an die custodia[135]) geknüpft ist, war der Streit schon zu Gaius' Zeit erledigt:

> l. 3 §. 5 de acq. dom. 41, 1: In his autem animalibus, quae consuetudine abire et redire solent, talis regula comprobata est[136]), ut eousque nostra esse intelligantur, donec revertendi animum habeant; quodsi desierint revertendi animum habere, desinant nostra esse, et fiunt occupantium....

Für den Besitz aber bestand die Controverse noch zu Paulus' Zeit:

---

vam da, so könnte Jemand meinen, sie gingen vom Schloßhofe nach dem nahgelegenen Walde des Gutseigenthümers.

133) l. 5 §. 5 de acq. dom. 41, 1.

134) Denn für den Detentor des Grundstücks selbst ist dasselbe unzweifelhaft befriedet.

135) l. 3 §. 2 eod.

136) Die Worte talis regula comprobata est weisen auf einen früheren Streit hin; auch wissen wir, daß erst Celsus sich für die Fortdauer des Eigenthums aussprach, während noch Proculus das Gegentheil lehrte:

> Mos. et Rom. LL. Coll. 12, 10: Celsus l. 27. Dig. scribit: si cum apes meae ad tuas advolassent, tu eas exusseris, quosdam negare, competere legis Aquiliae actionem, inter quos et Proculum, quasi apes dominii mei non fuerint. Sed id falsum esse Celsus ait, cum apes revenire soleant et fructui mihi sint. Sed Proculus eo movetur, quod nec mansuetae nec cista clausae fuerint. Ipse autem Celsus ait, nihil inter has et columbas interesse, quae, si mane fugiunt, domum tamen refugiunt.

l. 3 §. 16 de poss. 41, 2: Quidam recte putant, columbas quoquo, quae ab aedificiis nostris volant, item apes, quae alveis nostris evolant et secundum consuetudinem redeunt, a nobis possideri.

Davon daß, wenn die Thiere ausfliegen, custodia vorhanden sei, ist weder bei Gaius noch bei Paulus die Rede; nichtsdestoweniger meinten Alle, daß das Eigenthum bei consuetudo revertendi bleibe, Einige, daß auch der Besitz fortdauere. Dieses quidam[137]) und das zweite Wort recte muß man betonen; denn daraus ergiebt sich mit Nothwendigkeit die Existenz des Streites, welchen ich von den römischen Juristen behaupte. Hätte ein solcher Streit nicht existirt: weshalb wählte dann Paulus im §. 16 eine Redeweise, die von der in §§. 14. 15 gebrauchten gewaltig absticht? Das zweite Argument für die Controverse ergiebt die Lehre von Nerva in l. 3 §. 13 h. t., wonach nur der Sclave trotz mangelnder Custodia besessen werde, nicht hingegen die Thiere mit consuetudo revertendi. Endlich aber berufe ich mich auf l. 47 h. t. als drittes Argument; Papinian wendet hier nämlich das Nerva'sche Prinzip auf den Fall der Treulosigkeit der Stellvertreter an, wendet sich dann zu der Ausnahme des Sclaven und schließt endlich mit diesen Worten seine Argumentation:

> Igitur earum quidem rerum, quae ratione vel anima carent, confestim amittitur possessio, homines autem retinentur, si revertendi animum retinerent.

137) Ganz anders das Wort plerique, welches sehr häufig gebraucht wird, wenn nicht alle Juristen sich über eine Frage geäußert hatten, so daß sie aber, wenn sie sich geäußert hätten, die Meinung ihrer Fachgenossen gebilligt hätten; s. Thibaut im Arch. f. civ. Praxis Bd. 7 S. 79 ff.

Mit den Worten res quae ratione carent bezeichnet Papinian offenbar die Thiere, mit quae anima[138]) carent die leblosen Dinge; sie bilden mit den Sclaven zusammen die drei Gruppen der Eigenthumsobjecte; nun sagt Papinian von den beiden ersten Gruppen, daß ihr Besitz confestim, d. h. mit dem Verlust der Custodia (neglecta atque omissa custodia) aufhöre, während die Sclaven trotz des Verlustes der Custodia im Besitze bleiben, wenn sie nur den animus revertendi haben. Also noch Papinian kennt nicht die Ausnahme, die Paulus bei wilden Thieren mit consuetudo revertendi statuirt[139]).

Gerade diese Streitfrage, von der freilich weder bei Savigny noch bei sonst einem Schriftsteller über Besitz etwas zu lesen ist, zeigt wie die Richtigkeit der meinigen Theorie, so die Unrichtigkeit der Savigny'schen, wenigstens nach der Seite der Besitzesfortsetzung. Es handelt sich um Thiere mit consuetudo revertendi; es ist also auf ihre Rückkehr mit Sicherheit zu rechnen, und es braucht bloß der Besitzer diese Rückkehr abzuwarten, um „die Möglichkeit der physischen Einwirkung auf die Sache zu reproduciren"; dennoch leugnen die meisten römischen Juristen die Fortdauer des Besitzes, unter ihnen selbst ein Papinian, und erst die letzten Ausläufer verstehen sich dazu! Oder ist etwa die Möglichkeit der Re-

---

138) Anima bezeichnet das rein thierische Lebensprinzip, so daß es den Gegensatz von ratio bildet; animus hingegen ist das geistige Lebensprincip.

139) Wie unrichtig Lenz die Thiere mit animus revertendi behandelt, geht daraus hervor, daß er sie zu den mansuetae factae rechnet (a. a. O. S. 267); er erklärt deshalb den §. 16 der l. 3 cit. als Beispiel für §. 15, während er doch im Gegensatz zu §. 15 steht. Natürlich ist ihm auch entgangen, daß unter den römischen Juristen eine Controverse bestand. Doch gilt dies auch von Savigny; s. den Text.

production bei jenen Thieren geringer, als bei dem, welcher vor der Abreise eine Sache in fremdem Grund und Boden vergräbt, und nachdem er zurückgekommen, den Ort, wo er sie vergraben, vergessen hat (l. 44 pr. h. t.)? Ich denke, man wird mit mir das Gegentheil annehmen. Und doch läßt in diesem Falle derselbe Papinian den Besitz fortdauern. Das erklärt sich nach meiner Ansicht sehr einfach: im Falle der l. 3 §. 16 ist keine Custodia vorhanden, im Fall der l. 44 pr. ist sie vorhanden. —

Ich darf den Gegenstand nicht verlassen, bevor ich nicht ein neues Argument für meine Auffassung der Custodia entwickelt habe. Dasselbe entstammt zwar der Lehre vom Eigenthum an ferae bestiae, ist aber, weil bei diesen Besitz und Eigenthum auf derselben custodia beruhen, auch für den Besitz von Wichtigkeit.

Ich sagte, daß bei wilden Thieren die Aufhebung der natürlichen Freiheit eine Vorbedingung der Custodia ist. Kehren wir den Satz um, so ergiebt sich Folgendes: die Custodia kann verloren gehen, ohne daß das Thier seine natürliche Freiheit erreicht. Beispiele hierfür bieten sich in Menge dar: der Menageriebesitzer verliert auf der Reise einen Käfig mit eingeschlossenen Thieren; der Eber entspringt dem Käfig und flüchtet sich auf das Grundstück meines Nachbarn, ohne dort von diesem eingefangen zu werden. Wie steht es in diesen Fällen mit Eigenthum und Besitz?

Wenn ich bisher sagte, daß auch das Eigenthum an dieselbe Custodia wie der Besitz gebunden sei, so folgte ich ganz den Worten von Gaius:

> l. 3 §. 2 de acq. dom. 41, 1: quicquid autem eorum ceperimus, eo usque nostrum esse intelligitur, donec nostra custodia coërcetur...

Doch lehrt hier Gaius offenbar einen älteren, durch

Tradition überkommenen Rechtssatz; denn zu seiner Zeit galt bereits eine Modification, die er also bezeichnet:

> quum vero evaserit custodiam nostram et in naturalem libertatem se receperit, nostrum esse desinit et rursus occupantis fit.

Gaius denkt an den eben beschriebenen Zustand, wo die Custodia aufgehört, die naturalis libertas aber noch nicht begonnen hat. Während er soeben (in den Worten: quicquid autem eorum ceperimus u. s. w.) das Eigenthum an die Custodia geknüpft hat, fügt er jetzt berichtigend hinzu, man habe dem Eigenthum gleichsam eine Galgenfrist gegönnt, es dauere auch nach Aufhebung der Custodia bis zur Erlangung der natürlichen Freiheit, also, wie l. 5 pr. eod. erläuternd hinzufügt, so lange das Thier uns im Auge bleibt, vorausgesetzt, daß die Verfolgung nicht allzu schwer ist [140]).

Der Grund für diese Erweiterung der Grundlagen des Eigenthums an wilden Thieren liegt auf der Hand; man fügte sich zwar im Allgemeinen der Thatsache, daß eine rechtliche Herrschaft ein Unding sei, wenn die physische unmöglich geworden, aber man interpretirte sie, wo es anging, zu Gunsten des Eigenthums. Wir haben ja bereits oben bei den Thieren mit consuetudo revertendi gleichfalls einen Rechtssatz kennen gelernt, der der spätern Jurisprudenz angehört.

Ich wende mich zum Besitz. Bei den Thieren mit consuetudo revertendi wurde der Rechtssatz, der von Celsus für das Eigenthum geltend gemacht wurde, von Paulus auf den Besitz übertragen; es ist bemerkenswerth, wie spät

---

140) Das evadere custodiam nostram und das naturalem libertatem recipere bedeutet also keineswegs dasselbe, und man darf dem Gaius nicht den Vorwurf der Tautologie machen.

diese Uebertragung erfolgte, noch Papinian kennt sie nicht, es ist ein Zeichen für die große Anomalie, die in dem Rechtssatz liegt. Der Rechtssatz aber, welchen Gaius in l. 3 §. 2 cit. von wilden Thieren ohne consuetudo revertendi lehrt, ist selbst von Paulus nicht auf den Besitz übertragen worden; er schien ihm der Natur des Besitzes durchaus zuwider zu sein; also ist das Thier, das der Menageriebesitzer mit dem Käsig auf der Reise verloren hat, sowie der Eber, der aus dem Käfig auf meinem Grundstücke ausgebrochen und sich auf das meines Nachbars geflüchtet hat, nicht mehr im alten Besitz, selbst wenn jedes von ihnen noch so leicht wiedererlangt werden könnte. Was aber lehrt Savigny? Das gerade Gegentheil; er hält die Grundsätze der l. 3 §. 2 l. 5 pr. cit. auf den Besitz ebenso für anwendbar wie auf das Eigenthum [141]). — Man wird mir vielleicht entgegenhalten, daß Paulus nicht ausdrücklich sich gegen die Uebertragung dieser Leges auf den Besitz erklärt; allein darauf läßt sich leicht erwiedern: Paulus durfte nicht davon schweigen, wenn er eine Uebertragung gewollt hätte; seine Exposition in l. 3 §. 13—16 de poss. ist durchaus erschöpfend; er handelt hier von den zahmen Thieren (§. 13), von den wilden (§. 14), von den wilden und zahmgemachten (§. 15), von den wilden mit consuetudo revertendi (§. 16); von den wilden aber sagt er, daß wir diejenigen besitzen, quas vivariis inclusimus; gesetzt nun, es entwischt ein Stück Wild aus dem Vivarium, der Wächter bemerkt und verfolgt es, auch ist das Thier noch nicht allzu fern; Savigny muß hier

141) S. 400 N. 2. Hier druckt Savigny die l. 3 §. 2 l. 5 pr. cit. ab, und fügt hinzu: „Hier ist nämlich der einzige Fall, in welchem der Verlust des Besitzes zugleich den Verlust des Eigenthums zur Folge hat, so daß das Eine für das Andere gesetzt werden kann“. Auch Lenz S. 276 hat dieselbe Auffassung.

den Besitz fortdauern lassen, weil die Möglichkeit, die körperliche Einwirkung zu reproduciren, vorhanden ist, während doch Paulus nur an den eingeschlossenen Thieren den Besitz statuirt. Freilich hat Savigny im Text seines Werks diese Consequenz nicht gezogen; er meint im Gegentheil, es sei eine besondere Anstalt nothwendig, die es uns möglich macht, die wilden Thiere zu ergreifen; allein so auffallend es ist, so ist es doch wahr: Savigny lehrt im Text S. 400 das gerade Gegentheil von der Note 2 ebendaselbst; die Note 2 aber stimmt mit seiner Grundanschauung, während der Text dieser entgegengesetzt ist.

β. §. 9. Schlüsselübergabe.

Mit feiner Ironie bemerkt Savigny[142]) gegenüber denjenigen, die in der Schlüsselübergabe eine symbolische Tradition erblickten, daß Schlüssel zwar häufig als Zeichen dienen, daß es aber noch einen andern Gebrauch der Schlüssel gebe, einen noch häufigern, nämlich den, etwas aufzuschließen, was verschlossen ist. Er begründete hierauf seine Ansicht, daß die Schlüsselübergabe nur dann eine Sachübergabe enthalte, wenn sie in der Gegenwart der Sache geschehe; denn nur dann habe der Käufer die Möglichkeit, die Sache in jedem Augenblick zu ergreifen.

Daß die Schlüssel vor dem Speicher übergeben werden müssen, damit Besitz übergeben werden müsse, nimmt auch Lenz an[143]), aber er faßt ihre Bedeutung und Aufgabe durchaus anders als Savigny. Er meint, daß die Schlüssel dem Käufer nicht dazu dienen sollten, den Speicher aufzu-

142) S. 249.
143) S. 199 f.

schließen, sondern vielmehr ihn verschlossen zu halten; nur wenn er verschlossen, fehle es dem Besitzwillen nicht „an der nöthigen objectiven Sicherheit"; die Schlüsselübergabe müsse aber bei dem Speicher geschehen, weil der Käufer sonst nicht wissen könne, ob die Lagerungsräume wirklich verschlossen sind.

Drei Fragmente behandeln unsere Frage:

l. 74 de contr. emt. 18, 1 (Papin.): Clavibus traditis, ita mercium in horreis conditarum possessio tradita videtur, si claves apud horrea traditae sint; quo facto confestim emtor dominium et possessionem adipiscitur, etsi non aperuerit horrea.

l. 9 §. 6 de acq. dom. 41, 1 (Gaius): Item si quis merces in horreo repositas vendiderit, simulatque claves horrei tradiderit emtori, transfert proprietatem mercium ad emtorem[144]).

l. 1 §. 21 de poss. 41, 2 (Paulus): Si jusserim venditorem procuratori rem tradere, cum ea in praesentia fit, videri mihi traditam Priscus ait; idemque esse, si nummos debitorem jusserim alii dare; non est enim corpore et actu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu; et argumento esse eas res, quae propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas, nam pro traditis eas haberi, si in re praesenti consenserint, et vina tradita videri, cum claves cellae vinariae emtori traditae fuerint.

---

144) In dieser Stelle findet Lenz S. 203 N. 1 bloß den Uebergang des Eigenthums, nicht des Besitzes ausgesprochen; s. gegen ihn meine Ausführung oben S. 59—63, u. vgl. hiemit die im Text folgende Erklärung der l. 1 §. 21 de poss.

Es fragt sich, ob auf Grund dieser Leges zu behaupten ist, daß nur dann der Besitz durch Schlüsselübergabe übertragen wird, wenn sie bei dem Speicher geschieht. Anscheinend ist l. 74 dafür, l. 9 §. 6 dagegen; aber auch l. 1 §. 21 ist dagegen; Paulus will nämlich beweisen, daß man auch ohne Ergreifen der Sache den Besitz erwerben könne; hierfür führt er drei Beispiele an: im Anfange der Stelle irgend welche Sache, im Schlußsatze die Säulen und den Wein; nun hebt er bei den ersten beiden Beispielen hervor, daß die Gegenwart der Sache nöthig sei (cum ea in praesentia sit..., si in re praesenti consenserint...), bei dem dritten Beispiele hingegen fehlt die Erwähnung der Gegenwart, an ihre Stelle tritt ein anderer Umstand: die Uebergabe der Schlüssel; daraus folgt doch gerade, daß Paulus, wenn die Schlüsselübergabe erfolgt, die Gegenwart der Sache für überflüssig hält. Zwar meint Savigny[145]), auch wenn die Sache gegenwärtig, d. h. also der Speicher geöffnet gewesen, sei dennoch die Schlüsselübergabe nicht überflüssig; es gehöre nämlich zu jedem Besitzerwerb der animus possidendi, und diesen könne ein Käufer nicht haben, so lange die Schlüssel ihm nicht übergeben sind; denn er könne ja künftig verhindert werden, die Sache zu gebrauchen. Indeß diese Erklärung wird wohl kaum Anklang finden; denn Paulus handelt eben nur vom corpus und nicht vom animus poss.; auch ist die Behauptung nicht begründet, daß der Käufer deshalb keinen animus possidendi haben könne, weil er künftig am Gebrauch der Sache möglicherweise verhindert wird; er darf doch im Gegentheil annehmen, daß der Verkäufer ihm die Schlüssel auf Erfordern aushändigen werde.

Doch, wie schon bemerkt, für Savigny scheint l. 74 cit.

145) S. 250.

zu sprechen. Sollen wir etwa eine Antinomie annehmen? Damit wäre nichts gewonnen, denn es früge sich noch immer, ob Papinian oder Gaius und Paulus Recht haben. Auch glaube ich, daß, wenn wir von dem Begriff der Custodia ausgehen, der anscheinende Widerspruch völlig verschwindet.

Ich gehe mit Savigny von der Annahme aus, daß die Schlüssel den Zweck haben, dem Käufer den Zutritt zum Speicher zu gewähren[146]). Sofort ergeben sich zwei weitere Möglichkeiten: der Käufer soll den Zutritt erhalten, um die Waaren sofort abzuholen, oder um sie, wenn er Zeit, Arbeitsleute haben wird, kurz, wenn es ihm paßt, aus dem Speicher zu entnehmen; im zweiten Falle gestattet also der Verkäufer, daß die Waaren in seinem Speicher noch liegen bleiben, im ersten Falle gestattet er dies nicht.

Den ersten Fall haben wir bereits in l. 51 h. t. (ob. S. 103 ff.) kennen gelernt: der Verkäufer befiehlt dort dem Käufer, die Waaren abholen zu lassen; zwar fügt der Jurist nicht hinzu, daß er ihm die Schlüssel aushändigte; allein das mußte doch geschehen, wenn der Wein[147]) sich in einem verschlossenen Speicher befand; also darf man es wohl supponiren, ohne deshalb annehmen zu müssen, daß der Jurist nun deshalb eine

146) Anders Lenz, dessen Ansicht ich bereits oben S. 51 referirt habe; ihm stehen offenbar die Schlußworte „etsi non aperuerit horrea" entgegen, die er in folgender höchst gezwungener Weise interpretirt. Es handelt sich, meint er, um Fungibilien; bei diesen sei nicht erforderlich, daß der Apprehendent sie ansehe, um ein Bewußtsein von ihnen zu erhalten; „durch eine solche Abschließung (im Speicher) nach außen erhalten die Fungibilien jenen Charakter objectiver Gewißheit, ohne welche unser Besitzwille nicht denkbar ist". Es ist bereits früher §. 1 gezeigt worden, wie wenig die Besichtigung der Sache zum Erwerb des Besitzes nöthig ist.

147) Dieses Beispiel braucht Labeo als zweites: quum universae amphorae vini simul essent.

andere Entscheidung gefällt hätte. Die Entscheidung selbst aber lautet: es geht der Besitz erst mit der Bestellung eines Wächters über.

Den zweiten Fall müssen wir offenbar analog dem der l. 55 de acq. dom. (ob. S. 58—67) entscheiden. Sowie dort der Schlingensteller den Besitz des Ebers erwirbt, wenn der Detentor des Waldes ihm die Erlaubniß zum Stellen der Schlinge gegeben hat, ohne daß er an den Eber herangetreten ist, so muß auch hier der Käufer der Waaren deren Besitz erwerben, wenn der Verkäufer ihm verstattet hat, die Waaren vorläufig liegen zu lassen. Die Schlüsselübergabe war hierzu nothwendig; ohne sie wäre die Sache nicht bloß für jeden Dritten, sondern für den Käufer selbst gewehrt gewesen. Die custodia entsteht also hier aus zwei Momenten: 1) aus der Erlaubniß, die Waaren lagern zu lassen, 2) aus der Empfangnahme der Schlüssel.

So erhalten wir zwei Fälle, in deren erstem troß der Schlüsselübergabe kein Besitz entsteht, in deren zweitem er wegen der Schlüsselübergabe erworben wird. Welcher Fall ist der regelmäßige? Ich glaube mit Sicherheit, mich für den zweiten entscheiden zu müssen; so werthvoll auch Lagerungsräume sind, so stehen sie doch sehr häufig leer, und höchst selten verkauft ihr Inhaber bloß deshalb die Waaren, weil er sofort neue Waaren hereinschaffen will. Also dürfen wir annehmen, daß der Verkäufer dem Käufer bei der Schlüsselübergabe gewöhnlich eine längere oder kürzere Frist für die Abholung gestattet, und es bildete sich demgemäß die Regel, die wir bei Gaius und Paulus finden, daß die Schlüsselübergabe den Uebergang des Besitzes resp. Eigenthums nach sich zieht. Allein meine Ausführung hat ergeben, daß dies dann nicht der Fall ist, wenn der Inhaber des Speichers die Erlaubniß zum Lagern der Waare nicht ertheilt hat; die Schlüsselübergabe allein überträgt demnach keinen Besitz und

die Fassung bei Gaius „simulatque claves horrei tradiderit“ ist unbestreitbar ungenau. Gegen diese Fassung richtet Papinian seine Polemik; es muß, meint er, noch etwas hinzukommen, damit der Besitz übergehe. Was muß hinzukommen? Nach meiner bisherigen Deduction erwartet man: die Erlaubniß des Speicherinhabers, die Waaren lagern zu lassen; Papinian aber sagt: die Gegenwart der Parteien bei dem Speicher, mit andern Worten: er meint die subjective Custodia, während ich bisher bloß von der objectiven gehandelt habe. Es entstehen deshalb zwei Fragen:

1) Will Papinian die objective Custodia ausschließen?
2) Wenn die Frage ad 1 verneint ist, warum spricht er bloß von der subjectiven Custodia?

Die Beantwortung der ersten Frage hängt von der Bedeutung der in l. 74 cit. gebrauchten Partikeln ita si ab; daß sie eine Beschränkung ausdrücken, steht fest; allein es handelt sich um den Grad der Beschränkung; gewöhnlich übersetzt man sie mit: „nur dann wenn“, ich aber glaube, daß man sie auch mit: „zum Beispiel dann wenn“ übersetzen darf; als Beleg führe ich die l. 31 pr. de acq. dom. 41, 1 an:

> Paulus: Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio aut aliqua (alia qua) justa causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur,

in welcher ita si, wenn es in der zweiten Weise übersetzt wird, einen sehr guten Sinn giebt, während die Uebersetzung in der ersten Weise den Paulus einen groben Fehler begehen läßt, denn bei donandi und obligandi causa ist die causa nicht praecedens, und die traditio folgt ihr nicht.

Ich möchte mich ferner berufen auf

l. 1 §. 2 de furt. 47, 2: Sic is, qui depositum abne-

gat, non statim etiam furti tenetur, sed ita si intercipiendi causa occultaverit;

denn ich werde in §. 12 beweisen, daß der Depositar nicht bloß durch Verbergen, sondern durch bloße Annahme des animus possidendi ein Furtum begeht; ita si muß also wiederum in der zweiten Bedeutung genommen werden. — So auch in l. 74 cit.; Papinian führt die subjective Custodia als Beispiel, nicht aber als conditio sine qua non an.

Aber auch die zweite aufgeworfene Frage läßt sich leicht beantworten. Der Käufer hat die Wahl zwischen der subjectiven und objectiven Custodia; die erstere herbeizuführen, hängt rein von ihm ab; um die letztere zu erzeugen, muß der Verkäufer seine Einwilligung ertheilen; natürlich räth ihm der Jurist, den kürzesten Weg einzuschlagen, um das Eigenthum zu erlangen; denn die Erlangung des Eigenthums ist das Hauptziel der Ausführung des Juristen, des Besitzes gedenkt er erst nach demselben.

So glaube ich aus den Quellen nicht bloß jede Antinomie entfernt, sondern überdies gezeigt zu haben, daß nur meine Auffassung der Custodia die Uebereinstimmung der einzelnen Fragmente herstellt. —

Eine zweite Streitfrage, die nur durch die Beziehung auf die Custodia gelöst werden kann, betrifft den Besitzverlust an den Stellvertreter; da indeß die Controverse nicht bloß Mobilien, sondern auch die Immobilien betrifft, so werde ich erst in §§. 12—14 von ihr handeln, nachdem ich die Grundsätze über Erwerb und Verlust des Besitzes bei Immobilien dargestellt habe.

g. §. 10. Der Besitz am Sclaven.

Es ist bereits früher im §. 6 bemerkt, welchen Sinn es hat, wenn Nerva den Sclaven von der Custodia ausnimmt.

Es bedeutet dies: wer den Sclaven in seiner Custodia hat, besitzt ihn, und dann kommt es auf den Willen des Sclaven nicht an; fehlt aber die Custodia, so dauert dennoch der Besitz des Sclaven fort, wenn er den animus revertendi hat.

Für das Erstere berufe ich mich, abgesehen von der schon oben im §. 6 S. 109 f. erörterten l. 17 §. 15 ad ed. aed. 21, 1, auf l. 48 de acq. poss. 41, 2:

> Praedia cum servis donavit, eorumque se tradidisse possessionem literis declaravit; si vel unus ex servis, qui simul cum praediis donatus est, ad eum, qui donum accepit, pervenit, mox in praedia remissus est, per servum praediorum possessionem quaesitam ceterorumque servorum constabit.

Denn hier ist auf den Willen der Sclaven keine Rücksicht genommen; es genügt, daß sie sich im geschenkten Grundstück befindet, dessen Detention der zurückgekehrte Sclave für den Beschenkten ergreift; daß sie sich aber dort befinden, folgt daraus, daß sie zum instrumentum fundi gehören [148].

Aber die Fortdauer des Besitzes findet selbst bei mangelnder Custodia Statt, wenn nur der animus revertendi vorhanden ist, sofern nur nicht der Sclave von einem Dritten besessen wird [149]. Dies entwickelt Papinian in l. 47 h. t. unter Berufung auf Nerva:

> ... Idem (Nerva) scribit, aliam causam esse hominis commodati omissa custodia; nam possessionem

---

148) l. 8 pr. de instr. leg. 33, 7.

149) Diese Bedingung kennt Lenz S. 277 nicht, trotzdem es doch in l. 47 h. t. ausdrücklich heißt „quamdiu nemo alius eum possidere coeperit“. Aber freilich, er meint auch, „Sclaven sind stets und überall in ihrer eigenen Custodia“ (S. 276), wovon wiederum die Quellen nichts wissen.

tamdiu veterem fieri, quamdiu nemo alius eum possidere coeperit; videlicet ideo, quia potest homo proposito redeundi domino possessionem sui conservare, cujus corpore ceteras quoque res possumus possidere. Igitur earum quidem rerum, quae ratione vel anima carent, confestim amittitur possessio, homines autem retinentur, si revertendi animum haberent.

Wir erfahren hierin zugleich den Grund der Ausnahme; Papinian meint, der Sclave sei Stellvertreter des Herrn im Corpus bei allen Sachen, also sei er es auch hinsichtlich sich selber. Doch dürfen wir es mit diesem Grunde nicht allzu genau nehmen; denn wie kann Etwas Subject und Object zugleich sein? Auch wäre ja dann trotz der mangelnden Custodia dennoch wieder Custodia vorhanden.

So ist denn der Sclave die einzige Sache, bei welcher die Savigny'sche Theorie richtig ist: bei ihm sind die Bedingungen für den Besitzerwerb andere als die für die Besitzesfortdauer. Dies wird denn aber auch geradezu als eine Ausnahme erklärt, und um so mehr die Regel bestätigt, daß überall sonst Erwerb und Fortsetzung an dieselben Bedingungen geknüpft sind. Daß später Paulus dem Sclaven die Thiere mit consuetudo revertendi gleichstellte, ist bereits früher in §. 8 ausgeführt worden.

Allein man blieb bei dieser Ausnahme nicht stehen. Der servus fugitivus mußte Schwierigkeiten bereiten; denn man konnte theoretisch nicht unter den an. revertendi hinuntergehen; der praktische Vortheil aber verlangte, daß man den Besitz fortdauern ließ, denn man lief sonst Gefahr, daß die Usucapion des Sclaven unterbrochen und daß der Besitz aller in der Hand des Sclaven befindlichen Sachen verloren ging. Man vermittelte diese Gegensätze in der Weise, daß man zwar den Besitz am Fugi-

tivus fortdauern ließ[150]), zugleich aber fügte man hinzu, daß dieser fingirte[151]) Besitz nur bei der Usucapion zu berücksichtigen sei, nicht also (müssen wir acq. e contr. schließen) bei dem interd. utrubi[152]).

l. 1 §. 14 de poss. 41, 2: Per servum, qui in fuga sit, nihil posse nos possidere Nerva filius ait, licet respondeatur, quamdiu ab alio non possideatur, a nobis eum possideri, ideoque interim etiam usucapi. Sed utilitatis causa receptum est, ut impleatur usucapio, quamdiu nemo nactus sit ejus possessionem (Paul.).

l. 17 §. 3 de furt. 47, 2: ...quod enim videor (fugitivum) possidere, ad usucapionem tantum mihi proficere Julianus scribit (Ulp.).

Richtiger wäre es gewesen, wenn man erklärt hätte, die Usucapion werde durch die Flucht des Sclaven nicht unterbrochen, sondern laufe trotz mangelnden Besitzes fort, wie dies ja auch bei der hereditas jacens gilt; denn was ist das für ein Besitz, welcher keinen Besitzesschutz erzeugt? Um so verkehrter war es von Gaius, diesen fingirten Besitz am Fugitivus wissenschaftlich begründen zu wollen:

---

150) l. 1 §. 14 l. 13 pr. l. 15 de poss. 41, 2. l. 12 §. 3 de usufr. 7, 1. l. 17 §. 3 de furt. 47, 2. Wenn es in l. 54 §. 4 de acq. dom. 41, 1 heißt: sicuti ne per fugitivum quidem quem non possidet, so sollen diese Worte nicht den Besitz am Fugitivus überhaupt, sondern nur in einem bestimmten Falle leugnen, dann nämlich, wenn ein Anderer ihn in Besitz genommen hat; l. 1 §. 14 de poss. 41, 2: licet respondeatur, quamdiu ab alio non possideatur, a nobis fugitivum possideri. Savigny S. 356 N. 2.

151) Auch Savigny S. 400 N. 1 nennt den Besitz fingirt; ähnlich Bruns im Jahrb. f. g. R. 4, 41.

152) Hiernach berichtige ich meine Ansicht in meinen Gesammtrechtsverhältnissen S. 101.

l. 15 de poss. 41, 2 (Gai.): .. si is, qui in potestate nostra est, surripuerit, quamdiu apud ipsum sit res, tamdiu non amittimus possessionem, quia per hujusmodi personas acquiritur nobis possessio; et haec **ratio** est, quare videamur fugitivum possidere, quod is, quemadmodum aliarum rerum possessionem intervertere non potest, ita ne suam quidem potest.

Denn wie Papinian in l. 47 muß man auch Gaius entgegenhalten: wie kann etwas Subject und Object zugleich sein? Auch ist ja, wenn der Sclave als Stellvertreter im Besitz verwendet wird, dessen Wille von größter Bedeutung; beauftragt ihn der Herr, Besitz zu ergreifen, und der Sclave thut dies in der Absicht, nicht für den Herrn, sondern für einen Andern zu handeln, so hat der Herr keinen Besitz ergriffen:

l. 1 §. 19 de poss. 41, 2: Haec quae de servis diximus, ita se habent, si et ipsi velint nobis acquirere possessionem; nam si jubeas servum tuum possidere, et is eo animo intret in possessionem, ut nolit tibi sed potius Titio acquirere, non est tibi acquisita possessio.

Trotz dieser Gründe erfreut sich Gaius der Zustimmung von Böcking [153]); und Lenz [154]) nennt sogar den Besitz am Fugitivus „einen der glänzendsten Triumphe römischer Jurisprudenz"; es ist aber gezeigt worden, daß dieser Triumph nur bei der Usucapion gefeiert wurde, nicht beim int. utrubi, und (dürfen wir jetzt hinzufügen) überall sonst, wo es auf

153) Pand. §. 124 S. f.
154) S. 278.

Besitz ankommt; oder soll etwa die Vindication gegen den bisherigen Besitzer des Fugitivus angestellt werden dürfen?

Gleiche Schwierigkeiten wie der Fugitivus bereitete der servus ad libertatem proclamans. Nach der bekannten Bestimmung der zwölf Tafeln mußten die Vindicien im Freiheitsproceß zu Gunsten der Freiheit ertheilt werden, und es hatte sich daraus das Rechtssprichwort gebildet:

> (licet vulgo dicatur), post ordinatum liberale judicium hominem, cuius de statu controversia est, liberi loco esse ...[155]).

In Uebereinstimmung hiermit erklärt Gaius den Sclaven nach ordinirtem Processe als besitzlos:

> l. 25 §. 2 de l. c. 40, 12: quum ipsum post litem ordinatam desinat dominus possidere; ... licet ab eo non possideatur.

Paulus hingegen unterscheidet, ob der servus ad libertatem proclamans schon lange sich in factischer Freiheit befand oder nicht; ersten Falls werde er nicht besessen, im letzten Fall aber dauere der Besitz solo animo fort:

> l. 3 §. 10 de poss. 41, 2: Si servus, quem possidebam, pro libero se gerat, ut fecit Spartacus, et judicium liberale pati paratus sit, non videbitur a domino possideri, cui se adversarium praeparat; sed hoc ita verum est, si diu in libertate moratur; alioquin si ex possessione servitutis in libertatem reclamaverit, et liberale judicium imploraverit, nihilominus in possessione mea est, et animo eum possideo, donec liber fuerit pronuntiatus[156]).

155) l. 25 §. 2. l. 24 pr. de lib. c. 40, 12.

156) Hiemit stimmt l. 15 §. 3 de usurp. 41, 3 von Paulus überein; denn der dort behandelte Sclave befand sich, wie man aus den Worten si apprehensus fuerit ersieht, in factischer Freiheit.

Diese Bezeichnung animo possidere ist höchst treffend; sie wird später bei dem Grundstück, das der Besitzer verläßt, wiederkehren; es fehlt hier in der That an Allem, was nur eine Spur des Corpus in sich trüge. Gaius wagte noch nicht eine solche „Befreiung des Besitzes von seinen körperlichen Banden" (Brinz), Paulus vollzog sie hier, wie auch bei den Thieren mit consuetudo revertendi [157]). Es ist der einzige Fall einer possessio solo animo bei Mobilien [158]). Durchaus unrichtig ist es also, wenn Lenz (S. 279 f.) gerade auf Grund der l. 3 §. 10 cit. behauptet, der ad libertatem proclamans werde nicht besessen, denn „die römischen Juristen halten mit unbeugsamer Logik, während ein eiserner Despotismus im Reiche waltet, an dem nie verjährbaren Recht der offenen Rebellion des Privatsclaven gegen den Privatherrn fest." Bei genauem Durchlesen der Stelle hätte Lenz nach seiner Weise so schreiben müssen: „es afficirte aber der kaiserliche Despotismus selbst das juristische Denken, das juristische Gewissen wurde mit Leichtigkeit zu Boden geschlagen, und das unverjährbare Recht der offenen Rebellion, das noch Gaius anerkannte, wurde von Paulus nicht bloß den Bürger-Sclaven, sondern sogar den bürgerlichen Sclaven genommen."

4. §. 11. Der Besitz an Immobilien.

Es hat ohne Zweifel eine Zeit in der römischen Rechts-

157) Savigny S. 356 N. 2 versucht eine Vereinigung der Fragmente dadurch, daß er meint, durch das liberale judicium werde die possessio servi suspendirt; das sagt doch aber weder Gaius noch Paulus.

158) Denn die possessio fugitivi ist ja kein wahrer Besitz; sie kommt bloß bei der Usucapion in Betracht.

wissenschaft gegeben, wo die Regel „adipiscimur possessionem corpore (et animo)“ wörtlich zu nehmen war, wo nur derjenige besaß, der rei insistit, quam Graeci κατοχὴν dicunt [159]). Der Begriff der Custodia gehört einer späteren Zeit an; früher half man sich wahrscheinlich damit, daß man Ausnahmefälle statuirte, in denen solo animo der Besitz erworben wurde, so z. B. bei Bestellung eines Wächters, die erst Labeo zu der corporis traditio stellt [160]).

Auf Grundstücke aber war die Custodia nicht anzuwenden. Grundstücke befinden sich nicht, wie die beweglichen Sachen, in einem befriedeten Raume, durch welchen sie als geschützt erscheinen; sie bilden vielmehr selbst den Raum. Die Folge davon war, daß die **Theorie** bis auf die spätesten Zeiten daran festhielt, daß der Apprehendent sich in das Grundstück begeben müsse; es geht dies nicht bloß aus folgenden zwei Fragmenten hervor, in denen einzelne Fälle behandelt werden:

l. 77 de rei vind. 6, 1: Quaedam mulier fundum non marito donavit per epistolam ...; proponebatur quod etiam in eo agro, qui donabatur, fuisset, cum epistola emitteretur, quae res sufficiebat ad traditam possessionem ...

l. 78 §. 1 de contr. emt. 18, 1: fundum ab eo emisti, cujus filii postea tutelam administrans nequaquam accepisti possessionem; dixi, tradere te tibi possessionem hoc modo posse, ut pupillus et familia

---

159) l. 1 pr. de poss. 41, 2.

160) l. 51 eod. Man erkennt dies auch daraus, daß die Späteren lehrten, wenigstens dann werde der Besitz solo animo erworben, wenn die natur. possessio vorausgehe; l. 3 §. 3. l. 34 pr. eod. l. 9 §. 9 de reb. cred. 12, 1.

ejus decedat de fundo, tunc demum tu ingrediaris possessionem;

sondern, was bedeutend mehr in's Gewicht fällt, aus l. 3 §. 1 de poss., wo Paulus prinzipmäßig die Bedingungen der Besitzergreifung entwickelt, und wo man also annehmen darf, daß er die äußersten Grenzen bezeichnet, bis zu welchen das corpus abgeschwächt werden darf:

Quod autem diximus, et corpore et animo acquirere nos debere possessionem, non utique ita accipiendum est, ut, qui fundum possidere velit, omnes glebes circumambulet, sed sufficit quamlibet partem eius fundi introire ...

Die **Praxis** freilich erhob auch dagegen Widerspruch, daß man auch nur einen Fuß auf das Grundstück setzen müsse; sie meinte, es genüge, wenn man nur in solcher Nähe sei, daß man das Grundstück sehen könne.

l. 18 §. 2 de poss. 41, 2 (Celsus): Si vicinum mihi fundum mercato venditor in mea turre [161]) demonstret, vacuamque se tradere possessionem dicat, non minus possidere coepi, quam si pedem finibus intulissem [162]).

161) Solche turres sind Gebäude, die sich um mehrere Stockwerke über das Haus erhoben; darin waren mehrere diaetae, d. h. kleinere in sich abgeschlossene Wohnungen; sie werden nur in den Villen erwähnt, und man genoß von ihnen aus die beste Aussicht nach dem Meer. S. Bekker's Gallus 1, 100 N. 19.

162) Es ist übrigens eine Interpretation denkbar, nach welcher der Einspruch der Praxis verschwindet. Der gekaufte Fundus nämlich grenzt unmittelbar an denjenigen, worauf die turris sich befindet (daher vicinus); nun sagt der Jurist: in mea turre, d. h. der Käufer steht auf eigenem Grund und Boden; warum aber schreibt er in mea turre? Er konnte ebensowohl in tua turre, und wenn er ganz farblos sich ausdrücken wollte, in turre schreiben; da er unter drei

Daß aber die Theorie hinter der Praxis zurückblieb, darf nicht allzu sehr Wunder nehmen; es bleibt ja in der That der Erwerber der Regel nach nicht vor dem Grundstück stehen, vielmehr pflegt er es zu betreten.

Wir dürfen erwarten, daß, da die Theorie so strenge Grundsätze bei dem Erwerb des Besitzes aufstellte, die Fortsetzung des Besitzes nicht laxer behandelt wurde; in der That verhält es sich auch so: zur Fortsetzung des Besitzes gehört Gegenwart des Besitzers auf dem Grundstück oder doch in der Nähe desselben; nur bei vorübergehender Abwesenheit wird der Besitz auch ohne die Erfüllung dieser Bedingung retinirt, und deshalb sagen die Quellen von diesem Falle: solo animo retinetur possessio, d. h. das Corpus fehlt in diesem Falle.

Die zuletzt aufgeführte Ausnahme gehört zu jenen Begünstigungen einzelner Besitzfälle, von denen oben S. 55 die Rede war; Savigny hat sie zur Regel für alle Fortsetzung des Besitzes gemacht, und behauptet, daß ohne Rücksicht auf die Beschaffenheit der Abwesenheit, ohne Rücksicht darauf, ob

---

Möglichkeiten die eine herauswählt, so muß er nicht ohne Grund so geschrieben haben. Vielleicht ist der Grund der folgende: Grundstücke sind nicht an und für sich selbstständige Existenzen, sie bilden vielmehr die zusammenhängende Erdoberfläche, und nur im Gedanken besteht eine Theilung unter ihnen; dieselbe ist nur gemacht, damit verschiedene Eigenthümer sie benutzen können; wenn aber zwei an einander grenzende Grundstücke sich in der Hand desselben Eigenthümers vereinigen, so werden sie wieder ein Ganzes. Ist dies richtig, so bildet im Augenblick der Besitzübergabe das Grundstück, worauf die turris steht, und das erkaufte Grundstück ein Ganzes, und der Käufer erwirbt den Besitz des letzteren, weil er auf einem Theile des Ganzen steht. — Wie gesagt, diese Interpretation ist denkbar, doch verhehle ich mir nicht, daß es doch ziemlich dasselbe ist, ob ich unmittelbar vor oder auf dem Grundstücke stehe, und daher ziehe ich die im Text gegebene Vereinigung vor.

die Abwesenheit vorübergehend ist oder nicht, dennoch der Besitz immer erhalten bleibt. Daß diese Auffassung nicht richtig ist, habe ich bereits in meinen Gesammtrechtsverhältnissen S. 100—103 nachgewiesen; als Beispiele der solo animo poss. werden uns nur genannt die saltus aestivi und hiberni[163]), derjenige, der ohne Zurücklassung eines Dieners zur Messe gereist[164]) oder auf einen Augenblick sein Grundstück verlassen, um bald dorthin zurückzukehren[165]). Wir können aus heutiger Zeit ein neues Beispiel hinzufügen: die Sommerwohnungen, die gewöhnlich in der Winterszeit nicht einmal unter Aufsicht eines Portiers gestellt sind. Darüber hinaus verliert man durch Entfernung vom Grundstück den Besitz.

Es bleibt nur noch die Frage zu erörtern, ob trotz der heimlichen Occupation der Besitz eines Grundstücks behalten wird. Bekanntlich bejaht Savigny diese Frage strict; nur nimmt er an, daß zu Labeo's Zeit noch der entgegengesetzte Grundsatz gegolten, und daß auch Celsus, Neratius und Pomponius sich noch nicht bestimmt zu dem neuen Grundsatz bekennen. Hiegegen habe ich in meinen Gesammtrechtsverhältnissen S. 90—107 ausführlich Einspruch erhoben; es genügt deshalb, wenn ich hier die Resultate der dort angestellten Untersuchung angebe; sie sind folgende:

Nach ältestem Recht wurde das Grundstück so lange besessen, als der Besitzer gegenwärtig war; man konnte daher den Besitz nur gewaltsam verlieren, und es gab deshalb nur das int. de vi. Als man später die Ausnahme der solo

163) l. 44 §. 2. l. 45. l. 46 de poss. 41, 2. l. 1 §. 25 de vi 43, 16.

164) l. 6 §. 1 de poss. 41, 2.

165) l. 1 §. 24 de vi 43, 16 (mox reversus).

animo possessio einführte, hätte eigentlich ein int. de clandestina possessione proponirt werden müssen; dies geschah aber nicht [166]; die von Savigny dafür angeführten l. 7 §. 5 comm. div. 10, 3 und Cicero in Rull. 3, 3, 11 beweisen dessen frühere Existenz nicht, und die l. 25 §. 2 de poss. 41, 2 (Worte: ut potior sit, illius corporalis possessio) spricht entschieden dagegen [167]. Um nun die Lücke auszufüllen, und den Abwesenden, dessen Besitz heimlich occupirt worden war, nicht schutzlos zu lassen, nahm man auf eine Regel Bezug, die, obschon sie nur zum Theil richtig ist [168], dennoch von den römischen Juristen mit großer Vorliebe behandelt und, wo es nur irgend angeht, angewendet wird [169], auf die Regel: prout quidque contractum est, ita et solvi debet; da nun bei vorübergehender Abwesenheit der Besitz solo animo retinirt wird, so behauptete man, er könne nicht corpore, sondern nur animo verloren gehen [170], der Abwesende bleibe also trotz der heimlichen Occupation Besitzer und er könne den letzteren (selbst mit vis armata) herauswerfen, und wenn ihm dies nicht gelinge, das int. de vi

---

166) Aus welchem Grunde? Darüber habe ich a. a. O. mich nicht geäußert; mir scheint jetzt der Umstand, daß es sich um eine bloß vorübergehende Abwesenheit handelt, das Motiv gewesen zu sein.

167) Meine Gesammtrechtsverhältnisse S. 98 f.

168) Ebendas. S. 94 f. Wenn z. B. es in l. 80 de sol. 46, 3 heißt: prout quidque contractum, ita et solvi debet, veluti.. quum verbis aliquid contraximus, vel re vel verbis obligatio solvi debet, so ist das offenbar schief; wäre die Regel richtig, so müßte die Verbalobligation nicht vel re vel verbis, sondern bloß verbis aufgehoben werden können.

169) Man sehe l. 35 l. 106. l. 153 de v. j. 50, 17. l. 80 de sol. 46, 3.

170) Man lese namentlich l. 46 de poss. 41, 2.

anstellen [171]). Ein Mehreres war mit diesem „Besitz“ nicht beabsichtigt; der Abwesende also setzt keineswegs, wenn die Occupation geschehen ist, die Usucapion fort, noch haftet er etwa auf die Reivindicatio; keine einzige Lex bringt jenen „Besitz“ mit der Usucapion u. s. w. in Verbindung, die meisten vielmehr (l. 6 §. 1, l. 25 §. 2 de poss., l. 1 §. 24, §. 25 de vi 43, 16) mit dem Interdict. Mit anderen Worten: der wahre Besitzer ist der Occupant, dem Abwesenden wird nur zum Zweck des Vertreibungs- resp. Interdictenrechts ein Besitz angedichtet [172]).

5. Verlust des Besitzes an den Repräsentanten.

a. §. 12. Bei Mobilien. (Eine dritte Anwendung der Custodia.)

Ich habe bereits früher (§. 6) bemerkt, daß auch der durch Repräsentanten ausgeübte Besitz an Mobilien unter der Herrschaft der Custodia steht; denn von diesem Gesichtspunkt aus betrachtet ihn sowohl Julian in l. 39 h. t. als Papinian in l. 47 h. t., als endlich Labeo und Javolen in l. 50 h. t. Nach dem ersten Fragment besitzt der Sequester nicht, „si custodiae causa deponatur“; nach dem zweiten geht der Besitz für den Vertretenen verloren, wenn der Repräsentant den animus sibi possidendi annimmt, weil „rerum mobilium neglecta atque omissa custodia, quamvis eas nemo alius invaserit, veteris possessionis damnum afferre consuevit“; nach dem letzten ist der Repräsentant selbst eine „custodia“.

---

171) Meine Gesammtrechtsverh. S. 99.
172) Ebendas. S. 99, 106 f.

Die Custodia des Repräsentanten ist demnach theils eine subjective, theils eine objective; entweder wird die Sache durch seine Person geschützt oder durch das von ihm detinirte Grundstück; erstere hört auf, wenn er sich von der Sache entfernt, letztere wenn er den animus sibi possidendi annimmt, denn dann kann nicht mehr der Vertretene die Detention der Sache nach Belieben (si velit l. 3 §. 13 h. t.) ergreifen, vielmehr wird er daran vom Repräsentanten gehindert werden. Deshalb bemerkte ich bereits in §. 6, daß die Custodia, wenn der Besitzer der Sache nicht selbst die Detention des Grundstücks hat, nur so lange dauert, als der Grundstücksinhaber bei der ertheilten Erlaubniß verharrt. Daraus erklärt es sich andererseits, daß der Vermiether, wenn der Miether ein Retentionsrecht geltend macht, nicht den Besitz verliert [173]); die custodia ist noch immer für den Vermiether vorhanden, die Sache bleibt noch immer gegenüber jedem Dritten geschützt, selbst der Vermiether kann jeden Augenblick die Detention ergreifen, er braucht nur den Anspruch des Miethers, worauf dieser das Retentionsrecht stützt, zu befriedigen [174]).

Savigny hingegen meint, die l. 47 cit. enthalte nicht die recipirte Entscheidung, Papinian (fügte er nach dem Vorgange von Hugo [175]) hinzu) referire daselbst bloß die Ansicht der Proculianer, er billige aber diese durchaus nicht, er meine nur, es existirten Responsa, in welchen diese Ansicht gebilligt werde (daher responsum est); die recipirte Ansicht

173) l. 20 de poss. 41, 2 l. 12 de vi 43, 16.

174) Man wende nicht ein, daß der Anspruch unbegründet sein könne; denn ist dem so, so ist die Custodia und also der Besitz untergegangen; die l. 20 und l. 12 cit. verlangen eine justa et rationabilis causa non reddendi, wenn der Besitz erhalten bleiben soll; damit stimmt überein l. 1 § 9 quod leg. 43, 3.

175) Civ. Mag. 5, 123.

stehe in der l. 3 §. 18 de poss. 41, 2; sie würde von den Sabinern gelehrt; und danach sei nothwendig ein loco movere des Repräsentanten, womit zugleich immer ein Furtum verbunden sei. Als innern Grund der Sabinianischen Meinung führte Savigny noch die Rechtsregel: nemo sibi causam possessionis mutare potest an, diese Regel würde verletzt werden, wenn der Repräsentant durch bloßen animus possidendi den Besitz erwürbe.

Es würde zu weit führen, wollte ich die Ansichten der andern Schriftsteller ausführen; es mag die Bemerkung genügen, daß sie Savigny theils unbedingt zustimmen [176]), theils in der Begründung von ihm abweichen [177]), theils endlich seiner Meinung ganz oder theilweise gegenübertreten [178]). Ich will mich daher sofort zur Betrachtung des Quellenmaterials wenden. Nun bleibt es gewiß auffallend, daß Papinian in l. 47 der von ihm referirten Ansicht nicht beigestimmt haben soll; es pflegt doch sonst die Zustimmung von den römischen Juristen durch bloßes Stillschweigen erklärt zu werden; noch auffallender aber ist es, daß Papinian sogar eine gegnerische Ansicht mit Gründen unterstützt haben soll; denn er setzt, wie bemerkt, die von ihm referirte Ansicht mit der

---

176) So Göschen Civilr. §. 124 S. 637 f. Bruns im Jahrb. f. G. R. 4, 42, Arndts, Pand. §. 143.

177) So Puchta, Kl. civ. Schr. S. 444 f.; er stützt sich nicht auf die Regel: nemo sibi ipse..., sondern auf Utilitätsrücksichten.

178) Böcking, Pand. §. 123 N. 22 (weniger bestimmt §. 125 Text zu N. 18); Windscheid, Pand. §. 157 N. 4; Gesterding, Ausb. v. Nachforsch. Th. 5 Absch. 2 S. 65. Kierulff, Civilr. S. 398. 399. Schirmer, Ztschr. f. Civ. und Pr. Bd. 11 N. 12. Witte in Ztschr. f. Civ. und Pr. N. F. B. 18, 315 f. Von älteren Schriftstellern Chesius l. 1 c. 36 (bei Heineccius, Jurispr. Rom. et Att. 2, 185) und Giphanius, Lect. Alt. p. 428 sq.

Custodia in Verbindung. Indeß, wenn auch auffallend, so ist es doch nicht unmöglich, wir müssen deshalb uns zu l. 3 §. 18 h. t. wenden:

> Si rem apud te depositam furti faciendi causa contrectaveris desino posssidere; sed si eam loco non moveris et infitiandi animum habeas, plerique veterum et Sabinus et Cassius recte responderunt, possessorem me manere, quia furtum sine contrectatione fieri non potest, nec animo furtum admittatur.

Savigny [179]) lehrt, daß nach dieser Lex der animus infitiandi des Repräsentanten den Besitz nicht aufhebe (und das ist richtig), daß dazu vielmehr eine Contrectatio erforderlich sei (und dies ist gleichfalls richtig), endlich aber, daß die Contrectatio in einem loco movere bestehen müsse; diese letztere Behauptung ist unrichtig, es muß vielmehr behauptet werden, daß in der Annahme des animus possidendi Seitens des Repräsentanten eine contrectatio und ein furtum enthalten ist. Erwiesen wird diese Behauptung durch l. 44 de acq. dom. 41, 1 und l. 67 pr. de furt. 47, 2, auf die ich später eingehen werde; von l. 3 §. 18 läßt sich nur behaupten, daß sie meiner Ansicht nicht entgegensteht.

Paulus meint: ich (der Vertretene) verliere nicht den Besitz, wenn du (der Repräsentant) die Sache nicht von der Stelle bewegst, sondern bloß das Depositum ableugnest; denn darin liegt keine Contrectatio. Hieraus folgt aber nicht, daß die Contrectatio durchaus ein loco movere erfordert; wäre dies seine Ansicht gewesen, so hätte Paulus bloß schreiben dürfen: sed si eam loco non moveris, er fügt aber hinzu: et infitiandi animum habeas, diese Worte gerade sind von größter Bedeutung für die Entscheidung; in dem loco non movere liegt

179) S. namentlich S. 431 f.

nur der negative Entscheidungsgrund, der positive wird in den Worten infitiandi animum habere ausgedrückt. Paulus will eine bestimmte Art des Besitzverlustes angeben: das loco movere, sodann eine bestimmte Art der Besitzesfortdauer: das infitiandi animum habere; neben jeder dieser drei Arten sind noch eine Menge andrer denkbar, wie der Besitz verloren geht resp. erhalten bleibt; und wie l. 47 uns belehrt, wird der Besitz auch ohne loco movere verloren, nämlich dann, wenn der Repräsentant den animus sibi possidendi annimmt [180]).

Hieraus folgt: in dem animus infitiandi liegt noch kein furtum, wohl aber in dem animus sibi possidendi; das Letztere wird später aus l. 44 de acq. dom. und l. 67 pr. de furt. hervorgehen; das Erstere sagt ausdrücklich Paulus in l. 3 §. 18:

nec animo furtum admittatur,

wobei dem ganzen Zusammenhang der Stelle nach zu „animo" zu ergänzen ist „infitiandi", und nicht (wie Savigny und Witte meinen) „solo"; ferner sagt Celsus l. 67 pr. de furt. 47, 2;

infitiando depositum nemo facit furtum.

Worin liegt nun der Unterschied zwischen animus infitandi und sibi possidendi [182])? Läßt jener die Custodia

180) Im Wesentlichen hat schon Chesius l. c. diese Erklärung; er fügt noch hinzu, der an. infit. sei auf etwas Zukünftiges gerichtet (späteres Leugnen), der an. poss. auf die Gegenwart; das scheint mir nicht richtig.

181) Savigny, Besitz S. 433 N. 1. Witte in Ztschr. f. Civ. und Pr. N. F. 18, 320.

182) Vgl. Schirmer in Ztschr. f. Civ. und Pr. N. F. 11, 472. Natürlich fehlt bei ihm die Bezugnahme auf die Custodia; er meint, der Leugnende wisse entweder nicht, daß er die Sache habe, oder er sage eine Unwahrheit; die Unwissenheit dürfe dem Repräsentirten nichts schaden; das Motiv der Unwahrheit könne freilich der an. sibi poss. sein, allein rein innerliche Motive gehen das Recht nichts an.

wirklich bestehen, und hebt dieser sie auf? Gewiß. Der leugnende Depositar befindet sich wesentlich in einem passiven Zustande, er will (sei es aus Chicane, oder weil er nicht weiß, daß er die Sache hinter sich hat) nichts thun, d. h. er will weder das Depositum zurückgeben, noch dem Deponenten, welcher es sich holt, Widerstand entgegensetzen: der Deponent kann in der That nach Belieben die Detention ergreifen. Nicht so, wenn der Depositar den animus possidendi angenommen hat; dieser will die Sache für sich haben, er setzt dem abholenden Deponenten Gewalt entgegen, die Custodia ist verloren.

Doch, es muß noch bewiesen werden, daß in der Annahme des animus possidendi wirklich eine Contrectatio und ein Furtum liegt. Man vergleiche nun:

l. 44 de acq. dom. 41, 1 (Ulp.): Pomponius tractat, quum pastori meo lupi porcos eriperent, hos vicinae villae colonus cum robustis canibus et fortibus, quos pecoris sui gratia pascebat, consecutus lupis eripuit, aut canes extorserunt, et quum pastor meus peteret porcos, quaerebatur, utrum ejus facti sunt porci, qui eripuit, an nostri maneant, nam genere quodam venandi id erant nacti; cogitabat tamen quemadmodum terra marique capta, quum in suam naturalem laxitatem pervenerant, desinerent eorum esse, qui ceperunt, ita ex bonis quoque nostris capta a bestiis marinis et terrestribus desinant nostra esse, quum effugerunt bestiae nostram persecutionem. Quis denique manere nostrum dicit, quod avis transvolans ex area aut ex agro nostro transtulit, aut quod nobis eripuit? Si igitur desinit, si fuerit ore bestiae liberatum, occupantis erit, quemadmodum piscis vel aper vel

avis, qui potestatem nostram evasit, si ab alio capiatur, ipsius fit. Sed putat potius, nostrum manere tamdiu, quamdiu recuperari possit, licet in avibus et piscibus verum sit quod scribit...; et sane melius est dicere, et quod a lupo eripitur, nostrum manere, quamdiu recipi possit id quod ereptum est. Si igitur manet, ego arbitror, etiam furti actionem competere; licet enim non animo furandi fuerit colonus persecutus (quamvis et hoc animo potuerit esse, sed etsi non hoc animo persecutus sit), tamen quum reposcenti non reddit, supprimere et intercipere videtur, quare et furti et ad exhibendum teneri eum arbitror, et vindicari exhibitos ab eo porcos posse.

Also: ein Wolf hat aus meiner Heerde einige Schafe geraubt, der Nachbar hat sie ihm wieder abgenommen, und will sie mir jetzt nicht herausgeben. Zunächst untersucht der Jurist, ob ich noch Eigenthümer sei; nachdem er dies bejaht, untersucht er, welche Klage ich anstellen dürfe, und er entscheidet sich (abgesehen von der act. ad exhib. und der rei vind.) für die act. furti; denn, meint er, wenn auch mein Nachbar nicht in diebischer Absicht dem Wolf nachgestürzt ist, so begeht er doch jetzt einen Diebstahl, indem er mir die Sache nicht wiedergiebt; der Diebstahl liegt lediglich im non reddere, dessen Motiv der an. sibi poss. ist; bis dahin war der Nachbar mein Stellvertreter. — Mit derselben Bestimmtheit spricht für uns:

l. 67 pr. de furt. 47, 2: Infitiando depositum nemo facit furtum, nec enim furtum est ipsa infitiatio, licet prope furtum sit. Sed si possessionem ejus adipiscatur intervertendi causa, facit furtum; nec

refert, in digito habeat annulum an dactyliotheca, quem quum deposito teneret, habere pro suo destinaverit (Celsus).

Ich will meine Auffassung der Lex durch eine Uebersetzung andeuten:

> Durch Ableugnen begeht der Depositar keinen Diebstahl, wiewohl dies nah an Diebstahl streift, sondern erst durch Erlangung des Besitzes in betrügerischer Absicht (hierzu ist aber ein loco movere nicht erforderlich), und es ist deshalb gleichgiltig, ob er den deponirten Ring an seinen Finger steckt oder im Ringkästchen liegen läßt; das Entscheidende ist lediglich, daß er den Entschluß faßt, den Ring für sich zu haben, während er ihn doch bisher bloß als Depositum (d. h. für einen Andern) detinirte.

Der Jurist will feststellen, unter welcher Bedingung der Depositar einen Diebstahl begeht; diese Bedingung (erklärt er) ist nicht das Ableugnen, sondern die Besitzergreifung. Nun mußte sich ihm die Frage aufdrängen, auf welche Weise diese Besitzergreifung geschieht, da doch der Depositar die Sache bereits detinirt; das zeigt er (von den Worten res refert... an) an einem concreten Beispiele; es gehört dazu bloß das destinare pro suo habere; das loco movere ist, wenn jener Entschluß gefaßt ist, nicht hinreichend. Kurz, auch Celsus stellt, wie die l. 3 §. 18 de poss., den an. infitiandi und possidendi gegenüber, leugnet im Fall des erstern Besitzergreifung und Diebstahl, nimmt dagegen Beides an, wenn der letztere vorhanden ist [183]. Und Celsus ist ein Proculianer,

183) Die l. 1 §. 2 de furt 47, 2 enthält also nur ein Beispiel, wie auch die Partikeln ita si beweisen (s. oben §. 9 S. 133 f.); dasselbe gilt von l. 3 C. dep. 4, 34.

also waren die Proculianer in Uebereinstimmung mit den Sabinianern und die von Hugo-Savigny behauptete Schulencontroverse verschwindet [184]).

Savigny freilich erklärt die von Celsus angeführten Beispiele der Art, daß sie weder Besitz noch Furtum enthalten; dann verliert aber das Fragment allen Zusammenhang, und die Schlußworte „quem cum deposito teneret, pro suo habere destinaret“ sind rein überflüssig.

Daß die Annahme des animus possidendi das Entscheidende ist, und daß mit derselben der Besitz vom Vertretenen auf den Repräsentanten übergeht, zeigt sich auch in den Fällen, wo der Repräsentant ohne betrügerische Absicht, d. h. in Uebereinstimmung mit dem Vertretenen handelt. Die l. 9 §. 9 de reb. cred. 12, 1 spricht ausdrücklich aus, daß in einem solchen Falle das loco movere nicht erforderlich, sondern die Annahme des animus possidendi genügend ist:

> Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti; Nerva, Proculus etiam antequam moveantur, condicere quasi mutua tibi haec posse aiunt; et est verum, ut et Marcello videtur, animo enim coepit possidere, ergo transit periculum ad eum, qui mutuam rogavit, et poterit ei condici.

Dieser Lex widerspricht nicht die l. 10 eod.:

> quodsi ab initio, quum deponerem, uti si voles permisero, creditam non esse, antequam mota sit, quoniam in debitum iri, non est certum;

der Deponent gestattet dem Depositar das Brauchen, wenn er wolle, also ist erst, wenn er wirklich braucht, die ge-

184) Dies hat Schirmer a. a. O. S. 465 zuerst hervorgehoben.

stellte Bedingung erfüllt[185]) und das Depositum in ein Darlehn übergegangen[186]). Allein daraus folgt nicht, daß der Depositar, wenn er vor dem Brauchen den animus sibi possidendi annimmt, den Besitz nicht erwerbe; über diesen Fall läßt sich die Lex aus, sie untersucht nur, wenn aus dem Depositum ein Darlehn entstehe (creditam non esse, antequam mota sit), und dieses entsteht allerdings durch Annahme des animus possidendi nicht, vielmehr liegt alsdann, weil die Bedingung nicht erfüllt ist, ein Furtum vor[187]).

§. 13. Fortsetzung. Beitrag zu dem Verständniß der Regel: nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest.

Der innere Grund der angeblich Sabinianischen Ansicht wurde von Savigny in die Rechtsregel: nemo sibi causam possessionis mutare potest gesetzt. Ich beabsichtige nicht, eine erschöpfende Darstellung von dem zu geben, was der In-

---

185) Daher heißt es in l. 1 §. 34 dep. 16, 3 geradezu: Si pecunia apud te ab initio hac lege deposita sit, ut si voluisses uteretes, priusquam utaris, depositi teneberis.

186) So auch Savigny S. 277 N. 3.

187) Mit Unrecht meint Schirmer (Arch. f. Civilr. und Pr. N. F. 11, 432), daß die Bedingung lediglich in dem si voles enthalten sei, und daß das uti bloß den Inhalt der ertheilten Erlaubniß ausmacht. Ein absolutes Wollen giebt es nicht, das Wollen muß auf etwas Bestimmtes gerichtet sein. Schirmer erklärt die Lex (übereinstimmend mit seiner Auffassung der Regel: nemo sibi causam poss. mutare potest) damit, daß erst mit dem loco movere die Erkennbarkeit des Willens hervortrete; ich komme hierauf in §. 13 zurück; vorläufig will ich jedoch bemerken: es versteht sich, daß ein überhaupt nicht erkennbarer Wille keine rechtlichen Wirkungen nach sich zieht; allein giebt sich der Wille erst später zu erkennen, als er wirklich vorhanden ist, so kann man ihn sehr wohl schon vom Augenblick seiner Existenz an wirksam sein lassen.

halt jener Regel ist; dies behalte ich mir für eine selbständige Arbeit vor; ich will hier nur einen Beitrag zu ihrem Verständniß liefern, indem ich untersuche, ob sie auch auf einen Detentor zu beziehen sei.

Denn auf einen Detentor bezieht sie Savigny, wenn er den animus possidendi des Depositars nicht zum Besitzerwerb für hinreichend erklärt. Spätere Juristen sind ihm entgegengetreten; so Puchta [188]). Mühlenbruch [189]) nimmt einen Dissens unter den römischen Juristen an. Schirmer [190]) hingegen tritt Savigny bei, nur giebt er eine neue Begründung der Regel; er meint, die Regel enthalte nichts, was dem Besitz eigenthümlich wäre; sie spreche vielmehr einen Grundsatz aus, daß der Wille, um rechtlich wirksam zu sein, sich äußerlich realisiren müsse, namentlich folge aus ihr:

1. bei Umwandlung der Detention in juristischen Besitz muß die umwandelnde Handlung und der ihr zu Grunde liegende Wille erkennbar sein;
2. bei Umwandlung der Detention oder des juristischen Besitzes in Usucapionsbesitz muß die Causa erkennbar und rechtlich begründet sein [191]).

Meines Erachtens hat die Regel auf den Detentor zur Zeit der klassischen Juristen keine Anwendung gefunden; denn der Detentor hat keine possessio, also auch keine causa possessionis, und weil er keine causa possessionis hat, so kann er auch nicht eine andere dafür eintauschen.

In den Quellen giebt es mehrere Stellen, die kein bestimmtes Resultat ergeben: l. 5 C. de poss. 7, 32 und l. 10

---

188) Kl. civ. Schriften S. 429 N. 3.

189) Pand. §. 235 N. 21.

190) Ztschr. f. Civilr. und Pr. N. F. 11, 433 f.

191) Eine Kritik dieser Ansicht liegt zu fern; es ist aber klar, daß Schirmer die Worte „causa possessionis" völlig verflüchtigt.

D. si pars her. 5, 4; es giebt ferner zwei Fragmente, die sie ausdrücklich auf den juristischen Besitz beschränken:

l. 3 §. 20 de poss 41, 2: Sed si is, qui apud me deposuit vel commodavit, eam rem vendiderit mihi vel donaverit, non videbor causam possessionis mihi mutare, qui ne possidebam quidem (Paul.).

l. 19 §. 1 eod.: Quod scriptum est apud veteres, neminem sibi causam possessionis posse mutare, credibile est de eo cogitatum, qui et corpore et animo possessioni incumbens hoc solum statuit, ut alia ex causa id possideret, non si quis dimissa possessione prima eiusdem rei denuo ex alia causa possessionem nancisci velit (Marcell.).

Endlich giebt es ein Fragment von Julian, worin anscheinend unsere Regel nicht bloß auf den juristischen Besitz, sondern auch auf den natürlichen bezogen wird:

l. 2 §. 1 pro her. 41, 5: Julianus l. 44 Digestorum: Quod vulgo respondetur, causam possessionis neminem sibi mutare posse, sic accipiendum est, ut possessio non solum civilis sed etiam naturalis intelligatur. Et propterea responsum est, neque colonum neque apud quem res deposita aut cui commodata est, lucri faciendi causa pro herede usucapere posse.

Dieses Fragment soll uns in diesem Paragraphen beschäftigen. Ich behaupte, daß dasselbe die Fortsetzung der l. 33 §. 1 de usurp. bildet, und daß der erste Satz (quod vulgo — naturalis intelligatur) nicht von Julian geschrieben, sondern von den Compilatoren eingeschoben ist.

Hätte Julian wirklich so geschrieben, wie das Fragment jetzt lautet, so würde er mit einem andern Ausspruch

aus demselben (44.) Buche seiner Digesten in Widerspruch gerathen. Man vergleiche:

l. 33 §. 1 cit. (Julianus l. 44 Digestorum): Quod vulgo respondetur, ipsum sibi causam possessionis mutare non posse, toties verum est, quoties quis sciret, se bona fide non possidere, et lucri faciendi causa inciperet possidere; idque per haec probari posse: si quis emerat fundum sciens ab eo, cujus non erat, possidebit pro possessore, sed si eundem a domino emerit, incipiet pro emtore possidere, nec videbitur sibi ipse causam possessionis mutasse. Idemque juris erit, etiamsi a non domino emerit, quum existimaret, eum dominum esse. Idem hic, si a domino heres institutus fuerit vel bonorum eius possessionem acceperit, incipiet fundum pro herede possidere. Hoc amplius si justam causam habuerit existimandi, se heredem vel bonorum possessorem domino extitisse, fundum pro herede possidebit, nec videbitur causam possessionis sibi mutare. Quum haec igitur recipiantur in ejus persona, qui possessionem habet, quanto magis in colono recipienda sunt, qui nec viro nec mortuo domino ullam possessionem habet? Et certe si colonus mortuo domino emerit fundum ab eo, qui existimabat, se heredem ejus vel bonorum possessorem esse, incipiet pro emtore possidere.

Julian bestimmt die Grenzen der Regel: nemo sibi causam... innerhalb des Usucapionsbesitzes, er erklärt, sie beziehe sich bloß auf die lucrativa usucapio[192]), und er-

192) Schirmer a. a. O. S. 441 leugnet dies; seiner Ansicht nach sagt Julian: die Regel kommt so oft zur Anwendung, als

härtet dies durch mehrere Beispiele: ein pro poss. possessor verändert sich nicht eigenmächtig die Causa, wenn er vom Eigenthümer oder von dem, den er dafür hält, die Sache kauft; ebenso wenn er des Eigenthümers Erbe wird oder sich dafür aus gutem Grunde hält; jener besitze demnach pro emtore, dieser pro herede. Nun folgen die Worte: quum haec igitur recipiantur...; Julian wendet sich zum Detentor, auch dieser verändere sich nicht eigenmächtig die Causa, sondern besitze pro emtore, wenn er vom vermeintlichen Erben des Verpächters das Grundstück kaufe; in der Begründung dieses Satzes stellt sich Julian ganz auf den Standpunkt der l. 3 §. 20 de poss.; die Regel, erklärt er, ist auf den pro poss. possessor nicht anwendbar, weil es an der lucri faciendi causa in den angeführten Beispielen fehlt; auf den Colonus nicht bloß deshalb, sondern auch deshalb, weil er ja gar keinen Besitz weder bei Lebzeiten, noch nach dem Tode des Grundstückseigenthümers hatte.

Jemand trotz seiner mala fides usucapiren und dadurch einen ungerechten Erwerb machen will. Indeß, in welchen Fällen ist denn dies möglich? Eben nur in den Fällen der lucrativa usucapio, sei es pro herede oder durch usureceptio. (Gai. II. 54—61.) Die Ausführung Schirmer's gegen Savigny, daß lucrum facere jeden Erwerb durch Usucapion, jedenfalls aber durch Usucapion mittels Putativtitels bedeute, ist nicht dem Sprachgebrauch der Römer entsprechend. Julian sagt nur von dem, welcher non bona fide possidet und dennoch ersitzen will, daß er lucrifaciendi causa possidet; von dem gutgläubigen, wenn auch bloß mit einem Putativtitel-versehenen Besitzer läßt er jene Worte nicht gelten; Gaius in l. 5 de usurp. stellt sogar den titulus pro suo dem ex lucrativa causa ausdrücklich entgegen:... ac ne illud quidem interest, pro suo quisque possideat an ex lucrativa causa. — Daß lucrifacere, wie Schirmer (a. a. O. S. 443) aus den Worten der l. 2 §. 1 pro her. 41, 5: pro herede lucrifaciendi causa usucapere schließt, nicht lediglich den pro herede lucrativus possessor bezeichnet, wird Niemand bestreiten; es bezeichnet ja auch die lucr. usucapio durch usureceptio.

Sollte nun Julian in demselben Buch desselben Werks zwei verschiedene Auffassungen wirklich vorgetragen haben?

Doch beschäftigen wir uns noch etwas mehr mit l. 33 §. 1 cit. Schirmer hat seiner Auffassung der Regel nemo sibi... gemäß eine neue Interpretation der l. 33 §. 1 aufgestellt, auf die ich hier nicht weiter eingehen will; nur das muß ich bemerken, daß er der gemeinen Interpretation vorwirft, daß danach der l. 33 §. 1 der Schluß fehle [193]). Ich acceptire dieses Zeugniß aus dem gegnerischen Lager [194]); es ist sehr wohl begründet. Julian spricht erst vom juristischen Besitzer, und erwähnt zunächst einen Fall, wo er eine giltige causa pro emtore, und sodann einen Fall, wo er eine giltige causa pro herede gewinnt. Dann wendet er sich zum Detentor, und (wie jetzt der Text vorliegt) erwähnt er bloß den Fall, wo dieser die causa pro emtore erlangt: es fehlt hingegen der Fall der causa pro herede.

Gerade dieser Fall wird in l. 2 §. 1 pro her. 41, 5 behandelt; und diese Lex ist demselben Buch (dem 44.) desselben Werkes (der Digesten von Julian) entnommen. Noch mehr, beide Leges beginnen mit den Worten: quod vulgo respondetur, causam possessionis neminem sibi mutare posse..; sollte Julian an zwei Stellen desselben Buches dieselben Anfangsworte gebraucht haben?

In der That, Alles weist darauf hin, daß l. 2 §. 1 pro her. nichts als die Fortsetzung der l. 33 §. 1 de usurp. ist. Ist sie aber dies, so ist der erste Satz der l. 2 §. 1 [195]) von

193) Ztschr. f. Civ. und Pr. N. F. 11, 447.

194) Aber daraus folgt keineswegs, daß die Schirmer'sche Interpretation richtig ist; s. vielmehr den Text, worin die herrschende Interpretation als richtig nachgewiesen wird.

195) Ich meine die Worte: **quod vulgo respondetur c. p. n. s. m. p., sic accipiendum est, ut possessio non solum civilis sed etiam naturalis intelligatur.**

den Compilatoren eingeschoben; Julian hatte keine Veranlassung, am Ende der l. 33 §. 1 diese Worte zu schreiben; er fuhr wahrscheinlich an der Stelle, wo jetzt l. 33 §. 1 abschließt, also fort:

„Ferner wenn der Colon Erbe des Eigenthümers wird oder sich aus gutem Grunde dafür hält, so gewinnt er die causa pro herede; dahingegen ist (nun kommt l. 2 §. 1 pro her.) saepe responsum, neque colonum neque eum apud quem res deposita aut cui commodata est, lucrifaciendi causa pro hedere usucapere posse; denn wenn auch die Regel nemo sibi... nicht von vornherein auf den Detentor Anwendung findet, so müssen doch die Folgerungen, die man daraus für den Besitzer gezogen hat, auch auf den Detentor Anwendung finden, der ja noch weniger ist als der Besitzer [196]). Deshalb (nun kommt l. 2 §. 2 pro her.) filium quoque donatam rem a patre pro herede negavit usucapere Servius, scilicet qui existimabat, naturalem possessionem penes eum fuisse vivo patre...“

Die Compilatoren aber trennten l. 2 §. 1 §. 2 pro her. von l. 31 §. 1 cit., um den Titel pro herede nicht allzu mager ausfallen zu lassen; natürlich bedurften sie nun einer neuen einleitenden Bemerkung, und so schrieben sie getrost am Eingang der l. 2 §. 1: quod vulgo respondetur n. s. c. p. m. p., sic accipiendum est, ut possessio non solum civilis sed etiam naturalis intelligatur.

Ich hoffe, nunmehr behaupten zu können, daß kein classischer Jurist die Regel: nemo sibi... auf den Detentor bezogen

196) Julian hat im Vorangegangenen (cum haec recipiantur....) den Schluß, den ich ihm hier unterlege, bereits selbst gebraucht.

hat, und somit ist die innere Grundlage, welche Savigny der (angeblich) Sabinianischen Ansicht (s. oben S. 148) geben wollte, aufgehoben.

b. §. 14. Verlust des Immobiliarbesitzes an den Repräsentanten.

Von den Mobilien wende ich mich zu den Immobilien. Der Stand der Literatur ist hier derselbe, nur daß Windscheid [197]), der doch bei Mobilien Savigny widerspricht, bei Immobilien ihm beitritt.

Als innern Grund führt Savigny [198]) hier nicht bloß die Regel: nemo sibi causam ... an, sondern auch den angeblichen Rechtssatz, daß der Besitz an Grundstücken nicht eher verloren geht, als der Besitzer die aufgehobene physische Möglichkeit der Einwirkung weiß. Das erste Argument ist bereits im §. 13 widerlegt; die Widerlegung des zweiten Arguments habe ich im §. 11 wenigstens angedeutet. Dort habe ich ausgeführt, daß der Grundstücksbesitz retinirt werde, wenn der Besitzer sich vorübergehend vom Grundstück entferne und keinen Stellvertreter darin zurücklasse; der Besitz heißt, eben weil Niemand darin ist, possessio solo animo [199]). Im vorliegenden Falle handelt es sich indeß um den Verlust eines Besitzes, der durch den Stellvertreter detinirt wird; hier ist die Retention des Besitzes solo animo nicht möglich. Ich habe

---

197) Pand. §. 157 Anm. 4 a. E.

198) S. 430 f.

199) Schon Vangerow §. 207 Anm. 1 macht diese Bemerkung bei Gelegenheit der Interpretation von l. 27 l. 29 de poss. Savigny behauptete nämlich, daß Kinder und Wahnsinnige den Besitz gar nicht durch die Handlung einer Dritten, selbst nicht durch Dejection, verlieren könnten; dies bestreitet Vangerow mit Recht, weil vor der Dejection kein Besitz solo animo, sondern corpore et animo vorhanden war.

dort ferner ausgeführt, daß, wenn die solo animo retenta poss. von Jemandem occupirt wird, der Occupant in Wahrheit Besitzer wird, und daß nur zum Zweck des Interdictenschutzes der Abwesende als Besitzer fingirt wird, nicht aber zum Zweck der Usucapion. Im vorliegenden Falle könnte es sich demnach, abgesehen von dem ersten Argument, höchstens um die Fiction des Besitzes zum Zweck des Interdictenschutzes, nicht aber um die Retention des Besitzes überhaupt handeln.

Doch man fragt: wenn der Repräsentant durch bloße Annahme des animus possidendi den Besitz erwirbt, welch eine possessorische Klage steht dem Vertretenen zu? Denn daß eine solche existiren muß, liegt auf der Hand; wenn irgendwo, so verlangt es hier die Billigkeit, daß die Eigenmacht des Repräsentanten ungeschehen gemacht werde. Die Antwort lautet dahin, daß man die Eigenmacht des Repräsentanten als vis interpretirte und dem Vertretenen das int. de vi zusprach; wir ersehen dies gerade aus einem Fragment, auf das Savigny sich zum Beweise seiner Ansicht stützte, das aber vielmehr diese widerlegt, aus l. 12 de vi 43, 16 von Marcellus[200]:

> Colonus eum, cui locator fundum vendiderat, quum is in possessionem missus esset, non admisit, deinde colonus vi ab alio dejectus est; quaerebatur, quis haberet interdictum unde vi. Dixi nihil interesse, colonus dominum ingredi volentem prohibuisset an emtorem, cui jussisset dominus tradi possessionem, non admiserit. Igitur interdictum unde vi colono competiturum, ipsumque simili interdicto locatori obstrictum fore, quem dejecisse tunc vide-

200) Die l. 18 eod. von Papinian stimmt mit l. 12 völlig überein.

retur, quum emtori possessionem non tradidit, nisi forte propter justam et probabilem causam id fecisset.

Savigny beruft sich auf die gesperrt gedruckten Worte; er meint, wenn der animus possidendi das Entscheidende wäre, so müßte schon vor der Abweisung des Käufers die Dejection erfolgen können. Allein, muß man ihm entgegenhalten, was giebt uns denn den Beweis für den an. poss. des Stellvertreters[201]? Offenbar die Abweisung des Käufers. Liegt etwa ein Grund vor, auf Grund dieser Abweisung den an. poss. in eine frühere Zeit zurückzudatiren? Ich sehe keinen; also durfte der Jurist die Annahme des an. poss. nur in den Zeitpunkt der Abweisung des Käufers setzen. Wäre Savigny's Ansicht richtig, so dürfte die Dejection nicht in den Augenblick gesetzt werden, wo der Käufer abgewiesen wird, sondern vielmehr in den, wo der Vertretene (Verkäufer) davon Kenntniß erhält. Endlich mache ich auf die Ausdrucksweise „quem dejecisse videretur“ aufmerksam; der Jurist meint, eine echte Dejection liege nicht vor, sondern eine nachgebildete, denn (führte er bereits im Vorhergehenden aus) es ist gleichgiltig, ob ein wahres prohibere oder ein non admittere geschehen ist; dem dejicere steht das non tradere gleich; daher hat der Herr gegen den Colon das int. de vi.

6. §. 15. Der Verlust des Besitzes durch den Stellvertreter.

Ich würde acta agere, wollte ich diese Materie ausführlich darstellen. Ueber das Meiste hat man sich geeinigt;

---

201) Man vergesse nicht, daß es sich um ein Responsum, d. h. um einen concreten Fall handelte.

nur über l. 12 C. de poss. 7, 32 dauert der alte Streit fort. Mir scheint die Vangerow'sche Ansicht die richtige zu sein. Meine Darstellung hat, wenn ich nicht irre, ein neues Argument zu ihrer Begründung geliefert, und das will ich mit zwei Worten ausführen.

Ich habe nämlich gezeigt, daß alle solo animo possessio eine bloß vorübergehende Abwesenheit voraussetzt. Nun betrachte man den durch einen Stellvertreter ausgeübten Besitz.

Es ist kein Zweifel, daß, wenn der Stellvertreter (ohne Zurücklassung eines Dieners) das Grundstück verläßt, der Besitz eine possessio solo animo wird. Handelt es sich nun darum, zu entscheiden, ob dieser Besitz fortdauert oder aufhört, so hängt dies davon ab, ob die Abwesenheit als eine vorübergehende oder als eine definitive zu betrachten sei. Und hiebei kann man einen doppelten Standpunkt einnehmen. Man kann die Abwesenheit vom Standpunkte des Vertretenen oder von dem des Repräsentanten aus beurtheilen; wer Ersteres thut, muß die Abwesenheit für eine vorübergehende erklären, denn der Vertretene will und kann sich nicht ewig vertreten lassen, er will jedenfalls bei dem Tode, der Perfidie des Stellvertreters u. s. w. zurückkehren; wer Letzteres thut, muß die Abwesenheit für eine definitive erklären.

Dieser doppelte Standpunkt scheint mir Anlaß zu der Controverse unter den classischen Juristen gegeben zu haben. Die Entscheidung, die Justinian getroffen hat, halte ich für ganz angemessen; es ist ein Zug in der Entwicklung der römischen Besitzeslehre, die Erhaltung des Besitzes in Einzelfällen zu begünstigen, und ihm liegt die richtige Erkenntniß zu Grunde, daß es sich im Besitz nicht bloß um Interdicte und die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung handelt.

IV.

Bemerkungen zu der Abhandlung I. über die Lehre von den Versteigerungen

von

Rudolf Ihering.

Die erste Abhandlung dieses Heftes von Dr. Kindervater stellt über die rechtliche Natur der Versteigerung eine Theorie auf, die ich nicht der Oeffentlichkeit übergeben mag, ohne sofort meinen Widerspruch hinzuzufügen. Ich würde dies weniger für nöthig halten, wenn es sich hier lediglich um eine rein theoretische Construction des Gegenstandes handelte, die die praktischen Rechtssätze unberührt ließe. Allein jene Construction greift tief in die praktische Gestaltung des Instituts ein und versucht, ihm eine Gestalt zu geben, die meines Erachtens nach die Brauchbarkeit desselben für's Leben im höchsten Grade gefährden würde. Nicht praktische Erwägungen sind es, die dem Verfasser zu seiner Theorie den Anstoß gegeben haben, meinem Dafürhalten nach hat er sich derselben bei seiner ganzen Entwicklung nur zu sehr entschlagen, sondern es ist lediglich ein rein doctrinärer Gesichtspunkt, die Idee, daß unser heutiges Recht schlechthin ein Contrahiren in personam incertam verstatte, und daß die Versteigerung einen Anwendungsfall dieser modernen Art des Contrahirens

enthalte. Um nun gleich mein Verhältniß zu seiner Ansicht mit einem Wort zu bezeichnen, so halte ich die theoretische Grundlage derselben für entschieden verfehlt, die praktischen Consequenzen aber, zu denen sie führt, in dem Maße für bedenklich, daß eine derartige praktische Gestaltung des Instituts in meinen Augen der Verdrängung desselben aus dem Verkehr ziemlich gleichkommen dürfte.

Drei Sätze sind es, durch die meiner Ansicht nach der ganze praktische Erfolg der Versteigerung bedingt ist:

1. Der Bietende kann sein Gebot nicht beliebig zurückziehen. In diesem Satz, der früher wohl von Einigen angezweifelt worden ist, welche in dem Gebote eine bloße Offerte erblickten, stimmt Kindervater mit mir überein. (S. 8.)
2. Der Bietende wird durch ein höheres Gebot nicht frei.
3. Der Versteigerer ist nicht gebunden, das höchste Gebot anzunehmen.

Von den beiden letzten Sätzen nimmt Kindervater das Gegentheil an. Untersuchen wir, zu welchen Consequenzen wir dabei gelangen würden.

Ich prüfe zuerst den dritten Satz, dem Kindervater (S. 10, 11) die Behauptung entgegenstellt, daß der Bietende durch sein Gebot die Offerte acceptire, und daß, wenn kein höheres Gebot innerhalb der bestimmten Zeit erfolge, der Vertrag eo ipso perfect werde.

Also: selbst wenn das höchste Gebot noch so weit hinter den Erwartungen des Versteigerers und dem wahren Werth der Sache zurückbleibt, müßte er sie hingeben? Da böte sich ja für das anwesende Publikum, das bekanntlich bei manchen Auctionen, z. B. den Bücherversteigerungen, in großen Städten nur aus einigen wenigen Auctionscommissären besteht, das bequemste Mittel, dem Versteigerer nicht bloß, wie es auch

jetzt nicht selten geschieht, factisch, sondern rechtlich den Preis zu bestimmen. Es bedürfte nur einer Verabredung unter ihnen, daß Keiner mehr als $1/_{20}$ oder gar $1/_{100}$ des Preises bieten solle, um ihn zu zwingen, die Sachen für diesen Spottpreis loszuschlagen. Wie es gegenwärtig meines Wissens überall gehalten wird, hat der Versteigerer gegen ein solches Complott das einfache Gegenmittel, daß er die Sache zurückzieht; nach Kindervater würde es ihm versagt sein, er würde willen- und schutzlos den Machinationen der Auctionsraben Preis gegeben sein. Eine Auction zu veranstalten, hieße dann kaum etwas Anderes, als sich gebunden dem Zufall und den Machinationen der schlechtesten Sorte von Leuten Preis zu geben, und es müßte Jemand nicht bei Sinnen sein, um sich zu einer Auction zu entschließen. Wer eine Auction veranstaltet, thut dies doch nicht im Interesse des Publikums, sondern im eigenen Interesse, er will theils höhere Preise erzielen, als er sie beim Privatverkauf erreichen würde, theils sich die Mühe, annehmbare Käufer aufzutreiben, erleichtern, aber sicherlich ist es nicht seine Absicht, die Sachen um jeden Preis fortzuschleudern. Ob ein zwingender theoretischer Grund besteht, der sich dieser seiner Absicht in den Weg stellt, wollen wir unten prüfen, aber darüber, hoffe ich, wird auch mein Gegner mit mir einig sein, daß praktisch genommen eine solche Gestaltung des Auctionsrechts eine Auction zu der gefährlichsten Art des Verkaufs machen würde, auf die ein Mensch nur verfallen könnte.

Sehen wir, wohin wir mit dem andern Satz (S. 8) gelangen, daß jeder Bietende durch das höhere Gebot frei wird. Ich meine ebenfalls dahin, daß das Schicksal einer Auction ganz dem Zufall und der Intrigue anheimgestellt wird. Nach langem Bieten hat bei der Subhastation eines Landguts endlich einer der Bietenden, ein völlig solventer

Mann, ein ganz annehmbares Gebot gethan. Jetzt fällt es irgend einem völlig Insolventen ein, sei es aus Chicane, aus Uebermuth oder aus welchem Grunde sonst, mit einem höhern Gebot dazwischen zu fahren. Um den Erfolg dieses Termins ist es jetzt geschehen, die Terminskosten sind umsonst aufgewandt, es kann eine neue Subhastation angesetzt werden, um wiederum in derselben Weise zu enden, wie die erste! Welches Mittel hat der Versteigerer dagegen, da er die Leute vom Lokal nicht fern halten und ihnen den Mund nicht verschließen kann? Mit jeder Oeffnung des Mundes aber wird der letzte Bieter frei. Welch' bequemes Mittel, um von dem Gebot, das Einen gereut, wiederum frei zu werden! Um einen kleinen Lohn würde man in jeder Auction Leute genug finden, welche ohne allen Anstand, eben weil sie bei ihrer völligen Insolvenz Nichts zu riskiren hätten, ein höheres Gebot hineinschreien würden, es würde sich auf den Auctionen sofort als ein Seitenstück zu den römischen senes coemtionales eine Classe von liberatores auctionales ausbilden, die Jeden, der durch das Auctionsfieber zu sehr in's Bieten hineingerathen wäre, für ein Paar Groschen sofort wieder aus der Verlegenheit zögen[1]).

Von einer Theorie, die zu solchen Resultaten führt, fürchte ich keine ernstliche Gefahr für das Leben, die Praxis wird sie stets zurückweisen, auch wenn sie sich noch so sehr den Schein der theoretischen Richtigkeit zu geben vermöchte. Daß Letzteres aber in keiner Weise der Fall ist, hoffe ich im Folgenden nachweisen zu können.

Folgen wir dem Verfasser in seiner Deduction.

---

1) Auf diesen Gesichtspunkt hat schon Perez (s. u.) aufmerksam gemacht; derselbe hätte es wohl verdient, mehr beachtet zu werden, als geschehen ist.

I. Der Standpunkt des reinen römischen Rechts.

Ueber das römische Recht gehen unsere Ansichten, abgesehen von einem Punkt, nicht aus einander. Kindervater gibt zu (S. 7), daß die Ankündigung und Abhaltung einer Auction in Rom für den Versteigerer keinerlei Verbindlichkeit erzeugte, daß er nach seinem Gutfinden das höchste Gebot annehmen oder zurückweisen, einen neuen Termin ansetzen oder von der ferneren Versteigerung abstehen konnte. Der einzige Punkt, in dem ich von ihm abweiche, ist der soeben berührte, daß der frühere Bieter durch das höhere Gebot des nächstfolgenden von seiner Offerte frei werde. Wo erkennt das römische Recht diesen Satz an? Darauf ist Kindervater die Antwort schuldig geblieben, denn die durch Nichts belegte Annahme (S. 9), „der Bieter verpflichte sich, für den bestimmten Preis zu kaufen, falls nicht ein Anderer ein besseres Gebot abgebe", setzt ja das als bewiesen voraus, was erst bewiesen werden soll. Wo steht geschrieben, daß der Licitant seinem Gebot diese Bedingung hinzufüge? Oder sollte es etwa sich vermöge juristischer Nothwendigkeit von selbst verstehen? Müßte das Gebot des Einen darum hinfällig werden, weil auch ein Anderer ein Gebot thut, schließt das eine das andere aus? Es wird doch wohl Niemand darüber im Zweifel sein, daß, abgesehen von dem Fall der Auction, ein Gebot, an das ich eine gewisse Zeit hindurch gebunden sein will (pactum de emendo, oder in römischer Auffassung eine einseitige emtio, s. u.), im Mindesten nicht dadurch afficirt wird, daß ein Anderer oder noch so viele Andere ein höheres Gebot thun, daß vielmehr der, an den diese Gebote ergangen, es vollkommen in seiner Hand hat, mit wem von uns er den Contract abschließen will. Wir alle sind gebunden, er seinerseits nicht. Ob er dem höchsten Ge-

bot den Vorzug geben oder mit Rücksicht auf sonstige Vortheile, z. B. die größere Solvenz der Bietenden, mit einem niedrigeren vorlieb nehmen will, das ist lediglich seine Sache. Nun wüßte ich in aller Welt nicht, warum dies Verhältniß gerade für die Auction ein anderes sein müßte. Alle Bieter schließen ein pact. de emendo bez. eine emtio si alteri placuerit ab, mit dem placere, d. i. dem Zuschlag tritt für den Einen die Bedingung ein, für die übrigen deficirt sie. Das placere ist ja nicht lediglich durch die Höhe des Preises bedingt, es kommen für den Versteigerer auch andere Momente, vor Allem die Zahlungsfähigkeit des Steigerers in Betracht, und es ist oben schon hervorgehoben worden, wohin es führen würde, wenn man die Höhe des Preises zum allein maßgebenden Moment stempeln wollte. Mit demselben Recht, mit dem Kindervater (S. 8) sagt: „will man nicht den ganzen Zweck der Versteigerung vernichten, so muß man dem Bieter das Rücktrittsrecht von seiner Offerte versagen", folgere ich aus jenem Vordersatze: muß man dem Versteigerer die Wahl zwischen den verschiedenen Geboten einräumen. Daß factisch in der Regel das höchste Gebot gewählt wird, und daß sich daraus im Leben die Vorstellung entwickelt hat: der Letztbietende werde durch ein höheres Gebot frei, mag vollkommen richtig sein, allein die Erfahrung zeigt, daß nicht selten die höchsten Gebote zurückgewiesen werden, namentlich in Gegenden, wo der Auctionator die Gefahr des del credere zu übernehmen pflegt und daher das höchste Interesse daran hat, keine unsicheren Käufer zuzulassen. In dieser Weise hat denn auch unsere deutsche Praxis, indem sie, in freilich nicht ganz zutreffender Weise, an die Bestimmungen des römischen Rechts über die addictio in diem anknüpfte, das Verhältniß

von Altersher aufgefaßt[2]), und ich kann es für keinen Fortschritt halten, wenn man neuerdings angefangen hat, die Versteigerung als eine „Proposition an den Meistbietenden" zu definiren[3]), — ein Gesichtspunkt, der, wenn er richtig wäre, allerdings mit Nothwendigkeit dahin führen müßte, daß der Minderbietende durch den Meistbietenden frei würde, denn der Minderbietende würde ja nicht der sein, an den die Proposition gerichtet wäre. Was berechtigt uns aber, das Wesen der Versteigerung in dieser Weise zu definiren und damit praktische Rechtssätze in sie hineinzubringen, die mit der bisherigen Praxis und den Bedürfnissen des Lebens in Widerspruch stehen?

Darauf soll uns die folgende Ausführung Antwort geben.

II. Die angebliche Umgestaltung der Versteigerung im heutigen Recht.

Dieselbe soll erfolgt sein durch die „Regeln des heutigen Rechts über den Vertragsabschluß mit einer persona incerta" (S. 10). Nach Ansicht Kindervater's soll nämlich heutzutage die Eingehung eines Rechtsgeschäfts mit einer pers. incerta schlechthin möglich sein; wer eine Offerte in per-

2) S. z. B. Schilteri Praxis juris Romani Exerc. 30 §. 50—52, welcher von diesem „pactum tacitum addictionis in diem" bezeugt: hoc hactenus omnes admiserunt und auf Perez Bezug nimmt, welcher den oben von mir benutzten Grund geltend macht: quia primus potuit secundum minus idoneum submittere et inducere ad licitandum et plus offerendum, ut ipse liberaretur. S. auch Glück, Pandekten XVI. S. 269; Thibaut, Pandekten (Aufl. 8) §. 617.

3) Z. B. Puchta, Pandekten und Vorlesungen §. 252. Sintenis, Das prakt. gem. Civilrecht B. 2 §. 96 Note 22.

sonam incertam hat ergehen lassen, haftet, wenn dieselbe von irgend Jemandem acceptirt wird.

Gegen diese Behauptung muß ich die entschiedenste Verwahrung einlegen. Jene andere Form des Contrahirens beschränkt sich auf ein ganz specielles Verhältniß: die Auslobung, darüber hinaus ist mir kein Fall bekannt, bei dem die Praxis sie zugelassen hätte, und eine Frage der Praxis ist es doch lediglich, ob und inwieweit diese Form statthaft ist. Nur wenn die speciellen Voraussetzungen einer Auslobung vorhanden sind, d. h. im Fall eines öffentlichen durch eine zu erzielende Leistung bedingten Versprechens[4]), verstattet die Praxis eine Klage, von diesem Fall aber bis zu dem Contrahiren mit personae incertae schlechthin ist noch ein himmelweiter Schritt. Ich bezweifle, daß die Praxis und Gesetzgebung jemals diesen Schritt thun wird, theils weil gar kein Bedürfniß dazu besteht, theils weil er die Gefahr der größten Unbestimmtheit und Unsicherheit in sich schließt. Jedenfalls aber ist er bisher nicht gethan, die Theorie aber ist nicht in der Lage, sich mit einem kühnen Salto mortale über die Thatsachen des Rechtslebens hinwegzusetzen. Jene angeblichen „Regeln des heutigen Rechts", die der Verf. der obigen Abhandlung nicht weiter specialisirt hat, beruhen also auf Mißverständniß, auf fehlerhafter Abstraction.

Aber angenommen, unser heutiges Recht hätte wirklich das Contrahiren mit personae incertae in der allgemeinen Ausdehnung zugelassen, wie der Verf. es sich denkt, so würde dadurch doch der Begriff der Offerte nicht alterirt worden

---

4) Ich habe den Begriff an einer früheren Stelle dieser Jahrbücher (Bd. IV S. 93—101) näher festzustellen gesucht, woselbst auch bereits (S. 97 Note) der Unterschied dieses Verhältnisses von der Auction hervorgehoben ist. Dem Verf. der obigen Abhandlung scheinen meine dortigen Ausführungen unbekannt geblieben zu sein.

sein. Ein Akt, der nach unsern bisherigen Rechtsregeln lediglich als Aufforderung zum Stellen einer Offerte, nicht als Offerte selber anzusehen wäre, würde auch, wenn er in personam incertam gerichtet würde, bleiben, was er ist: eine bloße Aufforderung zum Contrahiren. Diesen so höchst wichtigen Unterschied scheint der Verf. übersehen zu haben. Ich wüßte wenigstens nicht, wie er sonst zu der Behauptung gelangen konnte (S. 10), daß es ihm „nicht zweifelhaft sei, daß, wenn Jemand bekannt mache, eine bestimmte Waare für einen bestimmten Preis verkaufen zu wollen, der Kaufvertrag für abgeschlossen zu erachten sei, sobald irgend Jemand die Erklärung abgebe, daß er diese Waare für diesen Preis kaufen wolle“. Mir ist das Gegentheil so wenig zweifelhaft, daß ich kaum begreife, wie Jemand jene Ansicht zu vertheidigen vermag. Wenn Jemand in einem öffentlichen Blatt eine Waare zu einem bestimmten Preise ankündigt, Preiscourante verschickt u. s. w., so beabsichtigt er damit nichts weiter, als dem Publikum seine Geneigtheit zum Contrahiren bekannt zu machen und Kauflustige anzulocken. Wie weit aber diese Veröffentlichungen von Offerten entfernt sind, geht vor Allem daraus hervor, daß sie regelmäßig rücksichtlich des Quantums der Waare gar keine Beschränkung enthalten. Ist der Kaufmann, welcher Javakaffee zu 30 Xr. angekündigt hat, verpflichtet, mir jedes beliebige Quantum, das ich bestelle, zu liefern: 1000 Pfd., 1000 Ctr., eine Million Ctr.? oder etwa nur das Quantum, das er vorräthig hat? Wenn Letzteres, muß er diesen seinen Vorrath auf Verlangen auch seinem Concurrenten am Ort ablassen, der diesen Artikel aufzukaufen wünscht, um denselben dann zu monopolisiren? Muß er, wenn von Hamburg eine telegraphische Depesche eingetroffen, welche ihm eine bedeutende Preissteigerung dieses Artikels meldet, seinen einmal veröffentlichten Tarif beibehal-

ten, oder muß er nicht wenigstens, bevor er ihn öffentlich zurückgenommen, allen Käufern, welche sich jetzt noch melden — warum also nicht auch seinem Concurrenten? — zum alten Preise ablassen? Gegen einen Kaufmann würde man über alle diese Fragen kein Wort zu verlieren brauchen, er würde sich vor uns Juristen kreuzigen, wenn wir ihm aus seinen Ankündigungen verbindliche Offerten (d. h. pacta de vendendo) machen und ihn damit gebunden dem Publikum überliefern wollten! Nun, meine ich, entscheidet aber doch über den Sinn einer Ankündigung die Absicht ihres Urhebers, und wenn jeder Kaufmann uns sagt: meine Waarenankündigung soll durchaus nicht den Zweck haben, mich zu binden, sondern lediglich dem Publikum die Quelle anzugeben, aus der es diesen Artikel beziehen kann, — so soll und muß uns Juristen dies genügen.

Zur Zahl dieser unverbindlichen Ankündigungen gehören auch die öffentlich bekannt gemachten Fahrpläne der Post-, Eisenbahn-, Dampfschiff-, Omnibus-Verbindungen. So sehr das Publikum bei Innehaltung derselben interessirt ist, und so sehr immerhin die Staatsbehörde bei Ertheilung der Concession Sorge dafür tragen mag, daß Fahrplan und Tarif unabänderlich zur Anwendung gelangen, so wenig läßt sich doch der gewünschte Zweck in privatrechtlicher Form erreichen, d. h. in der Weise, daß man jenen Ankündigungen eine verbindende Kraft in personam incertam beilegte. Die Obligation entsteht erst durch Lösung des Billets, vorher kann von einem Obligationsverhältnisse gar keine Rede sein[5]).

Ganz dasselbe Verhältniß findet bei den Auctionen Statt. Der Zweck derselben für den, der sie veranstaltet, besteht lediglich darin, Gebote für die ausgebotenen Sachen zu erzielen;

---

5) S. die oben citirte Abh. von mir S. 96.

es ist juristisch nichts Anderes, als wenn Jemand im Kreise seiner Freunde die Frage stellt: wer bietet mir etwas für die Uhr? Der Zweck der Auction erfordert es keineswegs, daß der Ankündigende sich im Voraus verpflichte, das höchste Gebot anzunehmen, das Publikum erscheint zur Auction und bietet, auch ohne daß es diese Gewißheit hat, indem es darauf rechnet, daß, wer öffentlich die Absicht geäußert hat zu verkaufen und die Terminskosten bezahlen muß, in Wirklichkeit auch die Geneigtheit besitze, die Sachen zu irgend annehmbaren Preisen loszuschlagen. Ein Weiteres aber vom Versteigerer zu verlangen, also daß er die ausgebotenen Sachen zu jedem Preis, selbst zum Zehntel und Zwanzigstel des wahren Werthes losschlagen solle, — dafür kann ich auch nicht den geringsten plausibeln theoretischen Grund entdecken. Oder sollte es etwa der Passus sein: „sollen an den Meistbietenden versteigert werden"? Wer darauf Gewicht legen will, müßte auch folgenden Ankündigungen: bei X. ist der und der Artikel jeder Zeit frisch zu haben, von dem Hotel wird zu jedem Zuge ein Omnibus an der Bahn sein, eine Köchin mit guten Zeugnissen kann sofort bei Z. in Dienst treten", verbindliche Kraft beilegen. Angenommen: jener Passus sollte nach Absicht des Versteigerers wirklich eine Verbindlichkeit in seiner Person begründen, so bestreite ich doch die Möglichkeit einer solchen Verpflichtung, so lange der Satz des römischen Rechts, daß ein Kauf ein pretium certum voraussetzt, nicht vorher aufgehoben ist. Eine Verkaufsofferte ohne pretium certum ist im Sinn des römischen Rechts keine Offerte, kann nicht acceptirt werden; um Offerte, d. h. ein Vertragsentwurf zu sein, muß Waare und Preis so genau bestimmt sein, daß der Entwurf mit einem einfachen Ja an-

genommen werden kann[6]). Bei den Auslobungen ist Leistung und Gegenleistung genau bestimmt, nur daß hier der Accept nicht durch Erklärung des Consenses, sondern durch Leistung erfolgt. Hätten wir also immerhin den Satz, den wir in dieser Ausdehnung nicht haben: daß Offerten mit verbindender Wirkung in personam incertam gestellt werden könnten, so würde damit doch für die Ansicht des Verf. der obigen Abh. Nichts gewonnen sein. Die Ankündigung einer Auction enthält ebensowenig eine Offerte, wie die Zusendung eines Preiscourants; jene nicht, weil sie den Preis, diese, weil sie das Quantum der Waare unbestimmt läßt — der sonstigen Gründe zu geschweigen.

Die Bestimmungen des preußischen Rechts, welche Kindervater S. 17 u. fl. anführt und als singuläre zu charakterisiren sucht, enthalten also so wenig etwas Besonderes, daß ich fragen möchte: welche Gesetzgebung könnte etwas Anderes festsetzen? Mit Recht hat daher das Obertribunal in Stuttgart in dem bei Seuffert, Arch. f. Entscheidungen Bd. 8 Nr. 38 mitgetheilten Fall den Anspruch des Meistbietenden auf Ertheilung des Zuschlags bei einem Zwangsverkauf verworfen.

Um nun kurz meine Ansicht noch einmal zusammenzufassen, so geht dieselbe dahin:

1. Die Ankündigung einer Auction, selbst wenn sie mit dem Zusatz geschieht, es solle die Sache dem Meistbietenden zugeschlagen werden, begründet nach heutigem so wenig wie nach römischem Recht eine Verpflichtung des Versteigerers. Er kann sie abkündigen, unterbrechen, die Sache zurückziehen, auch nachdem darauf geboten, ganz wie es ihm gefällt. Die Auction enthält keine Offerte

6) Thöl, Handelsrecht §. 57.

in personam incertam, sondern die Erklärung der Geneigtheit, eine Sache zu verkaufen, und die Aufforderung an Kauflustige, Gebote zu thun.

2. Das Gebot ist keine bloße Offerte, kein bloßer Vertragsvorschlag, sondern es ist ein einseitiger Kaufkontract im römischen Sinn, d. h. eine emtio ohne venditio, eine emtio, si volueris[7]), in heutiger Sprache: ein pactum de emendo; der Käufer ist gebunden, der Verkäufer nicht.

3. Der Versteigerer kann zwischen den mehreren Geboten wählen; das höhere Gebot hebt die Wirksamkeit des früheren nicht auf.

4. Die Wahl und damit der Abschluß des Vertrages als eines zweiseitigen, als emtio venditio, erfolgt mit dem Zuschlag. Mit diesem Moment geht die Gefahr auf den Käufer über, vorher nicht.

---

7) Bei der vorliegenden Veranlassung würde es mich zu weit führen, auf diese römische Auffassung weiter einzugehen, s. darüber Brandis in der Zeitschr. für Civilrecht und Proceß Bd. 7 S. 138 ff. (1834), Dernburg, Compensation S. 70 ff.

V.

Grundzüge des Wasserrechts nach gemeinem Rechte.

Von

Dr. **Hesse**, Justizrath und Gerichtsamtmann in Eisenberg.

Einleitung.

Ueber Wasserrecht ist in neuerer Zeit nicht wenig geschrieben worden. Sollte es diesem Umstande gegenüber für diesen Aufsatz einer Rechtfertigung bedürfen, so verweise ich auf folgende Thatsachen. In einem Artikel des Gerichtssaals (1858 S. 241) wird gesagt: „Die Lösung der für die Landwirthschaft wichtigen Wasserrechtsfragen fand bisher unzweifelhaft darin ein Hinderniß, daß Gesetzgeber und Juristen zu starr an den Bestimmungen des römischen Rechts festhielten. Das fließende Wasser kann eben so wenig, als das Fluß- oder Bachbett als im Eigenthum der Uferbesitzer angesehen werden. Es kann nur ein durch das Mitgebrauchsrecht Aller beschränktes Gebrauchsrecht an dem Wasser und dem Bette angenommen werden.“ — In dieser Ansicht spricht sich das Prinzip des römischen Rechts aus, und der Vorwurf des starren Festhaltens daran läuft auf einen Widerspruch oder ein Verkennen des römischen Rechts hinaus.

Endemann, Ländliches Wasserrecht (Kassel 1862) äußert S. 7: es sei erforderlich, die Idee des gemeinen Gebrauchs und

der Gemeingehörigkeit wieder voranzustellen; damit sei für die juristische Lehre wieder fester Boden gewonnen. — Auch hier wird, abgesehen von der unzulässigen Verbindung zweier feindlicher Begriffe (Gemeingebrauch und Gemeingehörigkeit), wie mir scheint, übersehen oder bezweifelt, daß der fragliche feste Boden im römischen Rechte schon gegeben ist.

Weiter sagt Gerber, Deutsches Privatrecht §. 63 Note 1: „Börner im Archiv f. civ. Prax. Bd. 39 S. 149 ff. und 359 ff. verwirft die Unterscheidung zwischen schiffbaren und nichtschiffbaren Flüssen, indem er alle beständig fließenden Gewässer als öffentliche ansieht. Es handelt sich aber in der That hierbei nur um einen Wortstreit." — Man vergleiche aber damit die Lehrsätze, welche Gerber in §. 61 und 63 entwickelt, und man wird bald mehr als einen Wortstreit finden. Insonderheit ist die Ansicht, daß nach den faktischen und rechtlichen Verhältnissen des einzelnen Falles sich bestimmen soll, ob auch nicht schiffbare beständig fließende Gewässer als öffentliche Sachen anzusehen seien, mit Börner's Meinung unvereinbar.

Endlich will Sintenis (Civilrecht) noch jetzt die ganze Lehre von den Flüssen und Bächen der Herrschaft des römischen Rechts entziehen und lediglich in den Bereich des deutschen Rechts verweisen.

Diese Instanzen werden genügend befürworten, daß eine nochmalige Verhandlung der wasserrechtlichen Fragen an dieser Stelle weder überflüssig noch unzeitgemäß sein möchte. Ich will den Versuch machen, unter Verwerfung zweifelhafter Analogieen und unsicherer Autoritäten den ursprünglichen, wahren und reinen Inhalt des römischen Rechts in Ansehung der öffentlichen und Privatgewässer zu entwickeln, und die Anwendbarkeit desselben in der deutschen Rechtspflege nachzuwei-

sen. Bei der bekannten Schwierigkeit der Sache hoffe ich auf eine nachsichtige Beurtheilung dieses Versuchs [1]).

§. 1.

I. Flumina publica.

Die größte Noth hat den Juristen von jeher die Unterscheidung des römischen Rechts zwischen flumina publica und flumina privata gemacht, und die unklare, oft unrichtige Auffassung dieser Begriffe, veranlaßt durch die gelegentliche Bemerkung Ulpian's: flumen a rivo discernendum esse, haben unselige Verwirrung in der Rechtsdoctrin angestiftet.

Erst die klare und bündige Abhandlung von Börner (Archiv f. civ. Praxis B. 38 S. 149 ff.) scheint mir diese Frage dem Abschluß wesentlich näher gebracht zu haben, und ich glaube, daß Jeder, der unbefangen und ohne Vorurtheil die Sache prüft, den hier geförderten Resultaten in der Hauptsache beistimmen wird [2]). Hiernach sind alle beständig fließenden Gewässer öffentliche, d. h. solche, an denen unter Oberaufsicht und Hoheit des Staats dem Volke im Ganzen, wie den Einzelnen der Gemeingebrauch zusteht.

Dieser Begriff der flumina publica dürfte hier erst näher festzustellen sein, und dann soll erörtert werden, was dazu zu zählen.

1) Daß „publicum" als Beiwort von flumen nicht die Bedeutung eines dem Staate oder Volke zustehenden wahren Eigenthums habe, hat schon Börner im Archiv

1) Hinsichtlich der Literatur über Wasserrecht siehe Rechtslexikon v. Weiske, B. 14 S. 86 ff. und Schwab, Beilage zum Archiv f. civ. Prax. B. 30.

2) In meiner später erschienenen Schrift: Die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn B. 1 S. 271 ff. komme ich zu denselben Resultaten, obschon ich die Börner'sche Abhandlung übersehen hatte.

a. a. O. S. 181 nachgewiesen, und ich begnüge mich deshalb, folgende Bemerkungen hier nachzutragen.

Gajus (comment. II. §. 10. l. 1 pr. D. 1, 8) unterscheidet res publicae und privatae; quae publicae sunt; nullius in bonis esse creduntur; ipsius enim universitatis esse creduntur. Privatae autem sunt, quae singulorum sunt. Hiernach hat publicum zunächst nur einen negativen Sinn, es bezeichnet Alles, was nicht im Privateigenthum sich befindet, sondern der Gesammtheit angehört, es mag nun wirkliches Eigenthum der Gesammtheit sein, oder es mag überhaupt Eigenthum daran gar nicht statt finden[3]). In diesem Sinne werden auch bona civitatis bisweilen publica genannt, obschon civitates privatorum loco habentur[4]). Es hat aber publicum in diesem negativen Sinne eine engere Bedeutung; „publica appellatio in compluribus causis ad Populum Romanum respicit" sagt Gajus; publicum bedeutet hier Alles, was auf das ganze Volk sich bezieht, dem Volke zusteht und gehört, es mag nun in patrimonio oder pecunia populi sein oder extra commercium stehen[5]).

Das Wort publicum wird aber auch in einem positiven Sinne gebraucht, insofern es Alles das bezeichnet, was zum Gemeingebrauche, usus publicus, bestimmt ist[6]), wobei dann die Eigenthumsfrage ganz in den Hintergrund tritt; denn solche dem Gemeingebrauch dienende Sachen können im Eigenthume des Staates oder einer Gemeinde, sie können, wie die ripae fluminis sogar im Privateigenthum stehen, sie

---

3) Vgl. l. 1 pr. D. 1. 8. — pr. u. §. 7. 8. §. 12. Inst. 2, 1.
4) l. 15. 16. 17. D. 50, 16.
5) l. 6 l. 51 D. 18, 1. l. 14 D. 41, 1.
6) l. 1. D. 43, 7. l. 2 §. 2. §. 5. D. 43, 8 l. 6. D. 18. 1. l. 17. D. 50, 16.

können aber auch in Niemandes Eigenthum sich befinden, und wird in dieser Beziehung auch das Meer und das Meeresufer publicum genannt[7]). In diesem Sinne wird publicum auch bei flumen gebraucht. L. 24 pr. D. 39, 2: „Fluminum publicorum communis est usus, sicuti viarum publicarum et litotum." L. 5 D. 1, 8: „Riparum usus publicus est jure gentium, sicut ipsius fluminis." L. 30 §. 1 D. 41, 1: „quum exsiccatus esset alveus, proximorum fit, quia jam populus eo non utitur." Daß die römischen Juristen ein wirkliches Eigenthum des Volkes oder des Staates an den öffentlichen Flüssen nicht angenommen haben, ergiebt sich daraus, daß sie nirgends von einem patrimonium populi[8]) an den Flüssen sprechen, überhaupt die Eigenthumsfrage nie berühren, sondern immer den usus populi, usus publicus betonen. Man könnte hiergegen mittelst Schlußfolgerung aus l. 3 D. 43, 8: litora, in quae Populus Romanus imperium habet, populi Romani esse, arbitror" oder l. 1 pr. D. 43, 1: quae sunt nullius, haec sunt: — quae sunt alicujus, haec sunt aut publica aut singulorum; publica, de locis publicis, de viis, deque fluminibus publicis — einen Einwand erheben. In der ersten Stelle soll aber offenbar nur ausgesprochen werden, daß, während die Meeresküsten sonst zu den res communes omnium gehören, sie durch das imperium des römischen Volkes publica werden, also im Gebrauch des Volkes und unter der Gesetzgebung desselben stehen.

---

7) l. 10 D. 1, 8. l. 14 pr. D. 41, 1.

8) Diese Anschauung war überhaupt den Römern fremd. Was zur allgemeinen Benutzung bestimmt war, gehörte nach ihrer Auffassung Allen (universitatis esse creditur), ohne daß sie die Gesammtheit als bestimmte ideale oder juristische Person auffaßten. Vgl. l. 1 §. 22. D. 41, 2. Rechtslex. B. X S. 235.

Denselben Sinn hat es, wenn Ulpian die flum. publica zu den Dingen zählt, quae sunt alicujus; an einer andern Stelle sagt er: sola ea publica sunt, quae populi Romani sunt (l. 15 D. 50, 16) und Gajus spricht: publica sunt, quae universitatis esse creduntur. Diese Ausdrücke sämmtlich deuten an, daß an diesen Dingen nicht Privatrechte Einzelner stattfinden, sondern nur dem gesammten Volke gewisse Rechte daran zustehen. Es gehören dazu auch die, quorum commercium non sit, ut publica, quae non in pecunia populi, sed in publico usu habentur[9]).

Während ferner bei den Wegen die römischen Juristen sagen, viam publicam esse, cujus etiam solum publicum est, bezeichnen sie als flumen publicum, quod perenne fluit, und vom Bett sagen sie: „novus alveus ejus juris esse incipit, cujus et flumen, id est publicus juris gentium," und „alveus derelictus desinit esse publicus[10]). Sie legen also das Kriterium des publicum lediglich in das perenne fluens, als die causa perpetua des usus publicus, und es ist unzweifelhaft, daß die Römer das flumen (fließende Wasser) als den Kern der Sache betrachten, das Bett ist ihnen die zwar nothwendige, aber in untergeordneter Bedeutung stehende Schaale. Hätten endlich die römischen Juristen bei dem flumen publicum ein wirkliches Eigenthum des Volks oder des Staats angenommen, so wäre die juristische Konsequenz gewesen, daß auch das verlassene Flußbett und die Inseln im Flusse Staatseigenthum hätten sein müssen. Da aber Flußbett und Inseln Eigenthum der Anlieger (proximorum) werden, resp. bei agris limitatis der Occupation Preis gegeben sind, so folgt, daß man die flumina publica nicht

9) l. 6 D. 18, 1.

10) l. 7 §. 5 D. 41, 1. l. 1 §. 7 D. 43, 12.

als Objecte eines wirklichen Volks- und Staats-Eigenthums betrachtet hat; populi Romani sunt hat etwa die Bedeutung von respiciunt oder pertinent ad pop. Romanum, wie wir auch im Deutschen das Wort „angehören" von Dingen gebrauchen, bei denen von wirklichem Eigenthum nicht die Rede sein kann[11]).

Stimme ich auch insoweit mit Börner überein, so kann ich doch nicht darin ihm beipflichten, daß die flumina publica jure naturali publica sein sollen, gerade wie die Meeresufer, sowohl in Folge ihrer natürlichen, das Privateigenthum daran ausschließenden Eigenthümlichkeit, wie wegen der den Menschen daran gebührenden natürlichen (vom Staate gewissermaßen recipirten) Rechte. — Die Römer nehmen nur bei den communia omnium auf das jus naturale Bezug, also bei der Luft, der fließenden Wasserwelle, dem Meer und den Meeresufern. Von den fließenden Gewässern sagen sie, sie wären publica juris gentium[12]), die flumina werden im Gegensatz[13]) zu den res communes omnium gerade darum publica genannt, weil sie einen Theil des Staatsgebiets bilden, und der Gemeingebrauch daran nicht, wie an der aqua profluens, ein Recht aller Geschöpfe und aller Menschen, sondern als ein Recht des römischen Volks aufgefaßt wird. Quia jam populus eo non utitur, wird vom alveus derelictus gesagt; der Gemeingebrauch ist unter den Schutz von Popu-

---

11) l. 5 l. 181. D. 50, 16. Ueber die abweichenden Ansichten Anderer, bes. Hoffmann, Beitr. zur Lehre von d. Einth. d. Sachen s. Sintenis, Civilrecht, I. §. 40 Note 40 ff.

12) „quod apud omnes populos peraeque custoditur quasi quo jure omnes gentes utantur."

13) Marcianus bezeichnet diesen Gegensatz in l. 4 §. 1. D. 1, 8 mit der Partikel „sed", die Instit. II, 1 mit „autem." Vgl. §. 5 unten Note 1.

larklagen gestellt, und von diesen heißt es in l. 1 D. 47, 23: eam popularem actionem dicimus, quae suum jus populi tuetur[14]). Für solche Personen, die dem römischen Volke nicht angehörten, gab es demnach keinen Schutz bei dem Gebrauch der fließenden Gewässer und es war die Möglichkeit gegeben, sie davon auszuschließen. Die Ansicht Börner's läßt sich auch nicht vereinigen mit dem Ausspruch des Gajus, daß die res publicae universitatis esse creduntur, und mit der l. 3 D. 43, 8, nach welcher die Meeresufer, über welche das römische Volk das imperium hat, dem römischen Volke gehören (populi Romani esse arbitror), was um so mehr von den Flüssen im Lande gelten muß. — Auch den Gegensatz von den rebus publicis jure naturali, welchen Börner in den rebus publicis jure civitatis finden will (an welchen dem Staate ein wirkliches Eigenthum zusteht und vermöge ihrer natürlichen Beschaffenheit zustehen kann, die aber doch dem Gemeingebrauche überlassen sind), halte ich nicht für begründet. Jure civitatis steht in keiner Beziehung zur Eigenthumsfrage hinsichtlich der loca publica, sondern bezeichnet im Gegensatz zu propria jura cujusque das öffentliche Recht[15]) (das Staatsbürgerrecht) als Quell des usus publicus, ohne Rücksicht auf das Eigenthumsverhältniß des Objects. Diese Gegensätze werden an andern Orten mit causa publica und

---

14) l. 1 §. 9 D. 43, 13: hoc interdictum cuivis ex populo competit. Von dem Meer und der Meeresküste dagegen wird l. 50 D. 41, 1 gesagt: Quamvis quod in litore publico vel in mari exstruxerimus, nostrum fiat — civilem actionem de faciendo nullam habere non dubito. Vgl. Forcellini, Lexic. v. publicus.

15) l. 2 §. 1 D. 43, 1: „Publicae utilitatis causa competit interdictum, ut via publica uti liceat et flumine publico — reliqua interdicta rei familiaris causa dantur.“

causa privata bezeichnet[16]). Zu den locis publicis, quae jure civitatis privatorum usibus deserviunt, gehören einestheils die viae vicinales, deren Unterlage auch Privat-Grund und Boden sein kann[17]), anderntheils die Meeresufer, in quae populus Romanus imperium habet, und die öffentlichen Plätze, quorum commercium non sit; die Eigenthumsfrage wird dabei ganz unerörtert gelassen, und Ulpian sagt klar und bestimmt: ad ea loca interdictum pertinet, quae publico usui destinata sunt[18]). Wie hätten überhaupt die Stellen, welche vom Meere und dem Meeresufer sprechen (l. 2 §. 8. l. 3, 4. D. 43, 8), in dem Titel D. 43, 8 Aufnahme finden können, wenn hier unter loca publica solche zu verstehen wären, an denen dem Staate wirkliches Eigenthum zusteht oder zustehen kann? —

2) Zu den fluminibus publicis zählen alle Gewässer, welche beständig zu fließen pflegen, auch wenn sie vielleicht bei recht trockener Witterung einmal aussetzen, l. 1. §. 2. D. 43, 12: „publicum flumen esse Cassius definit, quod perenne sit, — flumen perenne est, quod semper fluit" — „quemadmodum si ex flumine publico perenni haustu velim uti — (l. 17 §. 4. D. 39, 3). Mit flumen perenne ist nicht zu verwechseln die aqua perennis oder aqua viva, nachhaltig zu Tage kommendes Wasser, besonders Quellwasser im Gegensatze zum Regenwasser; bei der aqua perennis kommt das Fließen nicht in Betracht[19]) — ad eas tamen aquas perennes pertinet interdictum, quae duci

16) l. 14 D. 47, 10.

17) l. 3 pr. D. 43, 7.

18) l. 2. §. 5 D. 43, 8.

19) Falsch ist daher die Argumentation bei Funke (Archiv B. 12 S. 276 Note 8). Die Uebersetzung bei Elvers (Themis 1. B. S. 449) durch „stets fließendes Wasser" ist zweideutig.

possunt. Ceterum sunt quaedam, quae, etsi perennes sunt, duci tamen non possunt, utputa puteales, et quae ita submersae sunt, ut defluere extra terram et usui esse non possint." L. 1 §. 6. D. 43, 20. l. unic. §. 4. D. 34, 22. — Es macht sodann keinen Unterschied, ob das flumen perenne klein oder groß ist, Strom, Fluß oder Bach genannt wird; fast alle flumina perennia sind auch publica[20]). Wenn Ulpian in l. 1 §. 1. D. 43, 12 bemerkt: flumen a rivo magnitudine discernendum est aut existimatione circumcolentium, so erkennen wir schon aus den Kriterien, die er hier aufstellt, daß es sich nicht um eine juristische Definition mit juristischen Konsequenzen handelt, sondern um eine im gewöhnlichen Leben vorkommende Eintheilung, die aber keinen juristischen Belang hat. Für diese Auffassung spricht auch der Umstand, daß rivus im juristisch-technischen Sinne stets nur ein künstliches Wassergerinne bedeutet. Ulpian selbst definirt rivus als locus per longitudinem depressus, quo aqua decurrat (l. 1 §. 2 D. 43, 21); damit stimmt auch die Bedeutung des abgeleiteten Wortes rivales (l. 1 §. 26 D. 43, 20. Gellius, 14, 1) überein, und über allen Zweifel erhebt uns endlich Festus, welcher das Wort rivus so erklärt: „rivus **vulgo** appellatur tenuis aquae fluor, non specu incilioque factus, verum naturali suo impetu. Sed (im juristischen Sinne) ii rivi dicuntur, qui manu facti sunt" —. Auch bei den klassischen Schriftstellern kommt rivus meist in der letzteren Bedeutung, selten nur in der Bedeutung von „Bach" vor[21]). Hiernach läßt sich nicht wohl annehmen, daß Ulpian

20) Von den geringen Ausnahmen in §. 11 unten.

21) Vgl. Forcellini, Lex. lat. voce rivus. Hier paßt, was Ulpian einmal von der Eintheilung der Wasserleitung in quotidiana und aestiva sagt: „usu differt, non jure."

in l. 1 §. 1. D. 43, 12 **rivus** in der Bedeutung von Bach gegen alle Gewohnheit als juristischen Begriff habe aufstellen wollen.

Es ist weiter in Betracht zu ziehen, daß **flumen** (— wie **amnis**) bei den römischen Juristen keineswegs in der einzigen Bedeutung von Fluß (im Gegensatz zu Bach), sondern in der vielfachen Bedeutung für fließend Wasser (selbst Regenwasser[22]), auslaufendes Röhrenwasser[23])) gebraucht wird. Daß unter **flumina publica** auch sehr kleine Flüßchen oder Bäche begriffen worden sind, beweisen eine Menge Stellen in den Titeln D. 43, 12 und 43, 13, insonderheit die darin vorkommenden Ausdrücke: „**si angustus sit amnis**" — „**ne exarescant flumina**" — „**prorsus flumina avertisse, alveosque mutasse.**" Auch der Ideengang in l. 1 D. 43, 12 ist nicht ohne Bedeutung für unsere Frage. Eine richtige, die Anordnung des Stoffs in tit. 43, 12 berücksichtigende Interpretation führt dahin, daß wir auch Bäche als **flumina publica** anerkennen müssen. Ulpian unterscheidet zunächst in §. 1 der l. 1 ib. **flumen a rivo**; in §. 2 sagt er dann: **fluminum quaedam sunt perennia, quaedam torrentia.** Hier kann **flumina** schon nicht mehr die specielle Bedeutung von Flüssen haben, sondern umfaßt alle fließenden Gewässer, auch die Gießbäche, und das Merkmal der Größe wird hier ganz auf die Seite geschoben. Wenn nun in §. 3 weiter zwischen **flumina publica** und **privata** unterschieden und zu den erstern Alles gezählt wird, **quod perenne sit**, so können wir auch hier unter **flumina** nicht blos Flüsse, sondern müssen alle fließenden Gewässer (Flüsse

22) l. 1 pr. D. 8, 2. l. 1 §. 17 D. 39, 3.

23) l. 13 D. 8, 5.

und Bäche) darunter verstehen, und alle diejenigen, welche beständig zu fließen pflegen, als öffentliche ansehen[24]).

Nun kommt auch rivus in der Bedeutung von Bach in den Pandecten gar nicht wieder vor; dieser Umstand würde eine sehr wesentliche Lücke im Rechtssystem konstatiren, wenn die Bäche nicht zu den fluminibus publicis zählten. Denn die Gegner geben fast alle zu, daß die Bäche nicht unter den Satz fallen: „nihil enim differt a ceteris locis privatis flumen privatum," und daß sie nicht wie andere Objecte des Eigenthums behandelt werden, namentlich nicht einem freien ausschließlichen Dispositionsrechte unterworfen sein können.

Es erwachsen also die Fragen: welche Rechtsgrundsätze gelten über Bäche? wem gehören die Bäche? — Daß nun darüber die römischen Juristen so ganz und gar schweigen, daß sie nicht einmal mit einem Worte eine Andeutung des rechtlichen Verhältnisses geben, das muß doch Jedem im höchsten Grade auffällig erscheinen[25]). Welch' ungemein große Bedeutung das Wasser für die römische Landwirthschaft und den Gartenbau hatte, ist ja genügend bekannt; wie sehr die Privat-Wasserleitungen begehrt waren, geht aus

24) Daß unter torrentia nicht blos Flüsse, sondern auch Bäche begriffen sind, wird Niemand in Abrede stellen; der Gattungsbegriff flumen kann also nur die weitere Bedeutung von fließendem Gewässer haben und muß logisch in dieser Bedeutung auch in §. 3 festgehalten werden.

25) Wir finden über Besitz- und Eigenthumsfragen eine sehr reichhaltige Kasuistik in den Titeln D. VII, 1; VIII, 2, 3; X, 1. 2. 3, XVIII, 1, XIX, 1, XXXXI, 1, 2 ɪc.; aber ich habe dort keine einzige Stelle finden können, welche von einem Bache als Object des Eigenthums oder Besitzes handelte. Rivus privatus in l. 6 D. fin. reg. kann wegen l. 5 nur die Bedeutung von Privatgewässer haben, sei es aqua ducta, oder flum. privatum (torrens oder Quellenablauf, §. 11 unten), nicht aber die spezielle Bedeutung von Bach.

einer Menge Stellen und Documenten hervor. Wenn man nun erwägt, daß die Ableitung von Wasser aus Flüssen, auf denen Flöße oder Schifffahrt betrieben wurde, und selbst aus solchen Gewässern, welche jene flöß- und schiffbar machten, in der Regel nicht erlaubt war, daß ferner die öffentlichen Aquäducte zunächst nur für die Bedürfnisse der Städte bestimmt waren, so läßt sich sicher annehmen, daß die Bäche vorzugsweise zu solchen Wasserleitungen benutzt worden sind. Aber dennoch finden wir unter allen den Stellen, welche von dem Rechte der Wasserleitung sprechen, nicht eine einzige, welche die Ableitung aus einem Bache (rivus) erwähnt; in allen wird nur der aquae ductio ex flumine publico oder ex fonte gedacht (bisweilen ex lacu oder rivo in der Bedeutung von Wasserleitung). Diese auffällige Lücke im System und das räthselhafte Schweigen der Juristen können nur dadurch genügend erklärt werden, daß die Römer unter den flum. publ. auch die Bäche mitbegriffen haben.

§. 2.

Wenn Elvers[26]) bei Bächen das Wasser als res communis anerkennt, dagegen den Bach selbst, d. h. Wasserbett und Ufer für Eigenthum der anliegenden Grundbesitzer erklärt; so hat schon Börner[27]) mit Recht darauf aufmerksam gemacht, daß wir mit dieser Deduction zu einem Bach ohne Wasser gelangen[28]).

Den Versuchen, die aqua profluens unter einem andern

26) Themis B. I S. 428. Ihm folgt Gerber, Deutsches Privatr. §. 61.

27) Archiv f. civ. Praxis B. 38 S. 171.

28) Gesterding (Archiv B. 3 S. 60) sagt: Bei so kleinen Gewässern fehlt es nicht an dem, wodurch eine Sache des Eigenthums fähig wird, nämlich an der Möglichkeit, Andere davon auszuschließen.

rechtlichen Gesichtspunkte zu betrachten, als das Wasserbett, steht schon der Umstand entgegen, daß es physisch unmöglich ist, eine **aqua profluens** ohne Bett zu haben; ohne Bett würde die erstere zwar **aqua** sein, aber nicht **profluens**. — Ebenso wenig kann man sich einen Brunnen ohne Umfassung, einen Teich ohne Ufer und Grund denken! Die nothwendige und natürliche Verbindung der **aqua profluens** mit dem **alveus** spricht sich in der juristischen Konsequenz aus: **impossibile est, ut alveus fluminis publici non sit publicus.** Es scheint mir aber auch die Ansicht von Elvers und Gerber unvereinbar zu sein mit dem unzweifelhaft in Deutschland geltenden römischen Prinzipe: **superficies cedit solo**, nach welchem sogar das **coelum, quod supra solum est**, dem Rechte des Bodens folgt. Hiernach ist es unmöglich, daß Wasser über Privat-Grund und Boden (Wasserbett) **res communis omnium** sein kann, während die Annahme von Eigenthum am fließenden Wasser wiederum klaren Gesetzen direkt widerstrebt[29]). Auch läßt sich das, was Elvers und Gerber vom Gebrauche der strömenden Wasserwelle darstellen, nicht mit der Anschauung der römischen Juristen von der **aqua profl.** vereinigen. Diese beschränken das Recht an letzterer offenbar auf die einfachste Befriedigung der Bedürfnisse der menschlichen Natur; bei jedem darüber hinausgehenden Gebrauche kommt nicht mehr die **aqua profl.**, sondern das **flumen** und der **usus publicus** daran in Betracht[30]). Ferner dürfte auch die Elvers'sche Prämisse: „bei dem Bache hat die Strömung des Wassers

29) Entweder verstößt jene Ansicht gegen das Axiom: **superficies cedit solo** oder gegen das Prinzip: **impossibile est, ut alveus fluminis publ. non sit publicus.**

30) Vgl. §. 5 unten.

noch keine solche Gewalt, daß dadurch das Bett dem menschlichen Verkehr(?) bleibend entzogen würde" — in der römischen Rechtsanschauung keinen Anhalt finden. Denn wenn die römischen Juristen von Gewässern sprechen, welche durch Ableitung von Wasser austrocknen, und von anderen, deren Bett und Lauf von dem Anlieger gänzlich verlegt worden ist (plerosque scio prorsus flumina avertisse alveosque mutasse), so sind dies offenbar Gewässer, bei denen die Strömung des Wassers keine solche Gewalt hatte, daß dadurch das Bett dem menschlichen Verkehr bleibend entzogen wurde. Dennoch aber sind diese Gewässer als publica bezeichnet[31]).

Fragen wir aber, warum die römischen Juristen auf das perenne bei der Definition des flumen publicum das entscheidende Gewicht legen, so können wir — und das bestätigt die Analogie der Wasser-Servituten[32]) — nur die Antwort geben: weil das perenne flumen allein einen nachhaltigen usus publicus gestattet[33]). Dieser aber kann an Bächen ebenso Statt haben, wie an Flüssen, und darum gehören die Bäche sicher auch zu den flum. publicis. Die aqua profluens bietet bei den Bächen denselben usus communis dar, wie bei Flüssen; die Ableitung von Wasser zu Mühlen und Triebwerken, wie zur Bewässerung, ist bei Bächen, wie bei Flüssen möglich. Mit der Fischerei ist es der gleiche Fall; und was die Schifffahrt anlangt, so ist wenigstens die Flöße auf Bächen möglich, und es werden ja zu den flum. publ. auch die Gewässer gezählt, welche

31) l. 1 §. 12 D. 43, 12. tit. D. 43, 13.

32) Vgl. l. 17 §. 4 D. 39, 3: — „quemadmodum si ex flumine publico perenni haustu velim uti." —

33) publicum = quod ad usum omnium pertinet — quod publico usui destinatum est. l. c. D. 43, 7. l. 2 §. 5 D. 43, 8.

andere schiffbar machen. Auch aus diesem Grunde sind die Bäche zu den flum. publ. des römischen Rechts zu zählen.

Für diese Behauptung dürfte endlich noch ein Beweis aus Frontinus, De aquaeductibus c. 9 und Cicero, Orat. contra Rullum III. c. 2 — „ego Tusculanis pro aqua Crabra vectigal pendam, quia mancipio fundum accepi" — entlehnt werden können.

Daß dieses Gewässer (jetzt Marrana oder Marranella genannt) nichts weiter war als ein starker Bach, darauf deutet die Bezeichnung aqua Crabra, welcher sowohl Cicero, als auch Frontinus sich bedienen, und die unten bemerkte Art der Wasservertheilung hin[34]). Es wurde aber doch als öffentliches Gewässer behandelt; dafür spricht theils die Bemerkung des Frontinus: „sed non eadem moderatione aquarii nostri partem potiorem ejus semper in Supplementum Juliae vindicaverunt" — ein solch Gebahren würde bei einem Privatgewässer weder die aquarii versucht, noch die Eigenthümer sich haben gefallen lassen — theils die weitere Beschreibung: „ea namque est, quam omnes villae tractus ejus (Tusculani) per vicem in dies modulosque certos dispensatam accipiunt." Diese Wasservertheilung scheint von der Tusculanischen Behörde bewirkt worden zu sein und wurde dafür ein Wasserzins entrichtet, der zu öffentlichen Zwecken, wahrscheinlich auch zur Reinigung des Baches, welche bisweilen in Accord gegeben zu werden pflegte („qui flumina retanda publice redemta habent[35]))" verwendet wurde. Frontinus erwähnt ferner in Kap. 125 ein Expropriationsgesetz — das älteste meines Wissens —; hiernach sollen alle Privateigenthümer in der Nähe von öffent-

---

34) Vgl. Forcellini, Lexicon v. Crabra.

35) Gellius, Noct. att. 11, 17.

lichen Wasserleitungen gehalten sein, Erde, Steine, Sand, Holz u. s. w., was zur Herstellung der Wasserleitungen erforderlich ist, gegen Entschädigung (boni viri arbitratu aestimata) ihren Grundstücken entnehmen zu lassen. Sind nun nach Frontinus auch Bäche zu den öffentlichen Wasserleitungen herangezogen worden, so wäre es doch auffällig, daß für diese, wenn sie Privateigenthum gewesen wären, eine Entschädigung nicht in Aussicht gestellt wird.

Einigen Zweifel haben noch l. 4 §. 1 D. 1, 8: flumina paene omnia et portus publica sunt — und §. 2 Inst. 2, 1: flumina autem omnia et portus publica sunt — erregt. Die erste Stelle deutet offenbar an, daß die große Mehrzahl der flumina auch perennia sind, und bezeichnet dies mit paene omnia, die zweite setzt die Eigenschaft des Perennirens stillschweigend voraus und sagt: omnia publica sunt. Es versteht sich wohl von selber, daß diese Stellen, in denen es nur auf eine Exemplificirung bei der Abhandlung über die divisio et qualitas rerum ankam, für die Auslegung in zweiter Linie stehen, während der l. 1 §. 2 D. 43, 12 das entscheidende Gewicht eingeräumt werden muß, weil hier de fluminibus publicis ausführlich gehandelt und ihr Begriff sammt ihrer rechtlichen Bedeutung entwickelt wird.

§. 3.

II. Wasserbett, Ufer, Inseln.

Zu einem flumen publicum gehören nach seinem rechtlichen und natürlichen Begriffe folgende Bestandtheile: 1) aqua perennis, 2) quae fluit, 3) ein alveus und ripae[36]). Von

36) Wenn dagegen in tit. D. 43, 12 und 13 flumen und

dem alveus wird gesagt: flumen sibi alveum fecit (l. 1 §. 7 D. 43, 12); das Bett von Flüssen und Bächen wird als natürliches Product der Wasserströmung betrachtet. Als Ausnahme wird es angesehen, wenn das Wasserbett künstlich hervorgebracht ist[37]); ein solcher Kanal nimmt dieselbe öffentliche Eigenschaft, wie das flumen publicum an, wenn er einen Arm, einen Zweig des flumen publicum bildet (per quam fluit publicum flumen), sei es, daß das Wasser in denselben Fluß oder Bach zurückfließt, wie bei Mühlgräben, Floßgräben, oder daß es in einen andern Fluß oder Bach oder direct in das Meer u. s. w. geführt wird. Der Hauptgesichtspunkt dabei ist, daß die aqua profluens ihre freie, selbsteigene Bewegung behält, und einen dem Flusse analogen Verlauf (exitum) nimmt.

Wasser dagegen, welches aus einem Fluß oder Bache abgeleitet wird, um eingefangen oder verbraucht zu werden (für Teiche, Brunnen, Wiesenbewässerung, Gewerbsanlagen u. s. w.), also aqua, quae ducitur, im Gegensatz zur aqua profluens, verliert den öffentlichen Charakter[38]); es wird Gegenstand des Privatrechts, wie die betreffenden Rechtsmittel (confessoria, interdictum de aqua quotidiana, de rivis, de fonte — l. 24 D. 8, 3. l. 10 §. 1 D. 8, 5. l. 1 §. 8 l. 3 §. 1, 2. D. 43, 20. l. 1 §. 5 D. 43, 21) beweisen; Grund und Boden, über welchen es fließt, behält sein bisheriges Recht, er wird nicht publicus.

---

ripa besonders erwähnt werden, so geschieht dies in Rücksicht ihrer rechtlichen Verschiedenheit, insbesondere des Eigenthums der Anlieger an dem Ufer.

37) „Si fossa manu facta sit, per quam fluit flumen publicum, nihilominus publica fit; —“ l. 1 §. 8 D. 43, 12.

38) Flumina publica, quae fluunt, ripaeque eorum publicae sunt. l. 3 pr. D. 43, 12.

Das Flußbett eines flumen publicum wird als publicum bezeichnet; dies ist eine natürliche Konsequenz. Denn da eine aqua profluens ohne ein Gerinne undenkbar, Fluß ohne Bett unmöglich, und ein usus fluminis ohne usus an Bett und Ufern nicht ausführbar sich darstellt, so muß das, was das fließende Wasser dauernd occupirt an Grund und Boden, ebenfalls dem usus publicus dienen[39]). Auch die Ufer der Flüsse und Bäche sind öffentlich, d. h. sie dienen dem Gemeingebrauch, aber immer nur in Beziehung auf den usus publicus des Wassers selber und nur vom Wasser aus. Das Eigenthum (proprietas) der Ufer steht dem Eigenthümer des am Wasser liegenden Grundstücks zu, die Bäume, die dort wachsen, sind sein eigen, aber dies Eigenthum ist beschränkt zu Gunsten des öffentlichen Wassergebrauchs; der Eigenthümer darf am Ufer nichts vornehmen, was den usus publicus stört oder hindert, er muß dulden, daß die Schiffe oder Flöße dort anlegen und befestigt werden, daß dort Gegenstände des Wassergebrauchs (Fischernetze u. dergl.) einstweilen niedergelegt werden[40]). — Dagegen braucht Niemand den Zugang über sein Grundstück zum Flusse oder Bache zu gestatten[41]).

---

39) l. 1 §. 7 D. 43, 12: — „quia impossibile est, ut alveus fluminis publici non sit publicus." Das O.-A.-G. in Dresden (siehe §. 18) sagt, das römische Recht spreche nur vom Verlust des Besitzes an solchen Grundstücken, welche der Fluß überströmt habe (nicht von alten Wasserbetten). Dies ist jedoch nicht der Fall; obige Stelle lautet ganz allgemein, und die Ausdrücke „quum is locus publicus esse coeperit, neque in pristinum statum restitui possit" (l. 23, 24. D. 7, 4), — „ager desiit esse ammissa propria forma" (l. 7 §. 5 D. 41, 1), — „causa proprietatis non mutatur" (l. 30 §. 3 D. ib.) widersprechen ganz bestimmt.

40) Rechtslexikon B. 14 S. 184.

41) l. 13 §. 7 D. 47, 10: — nisi quod ingredi agrum alienum prohiberi potest.

Das Flußbett ist res nullius, in Niemandes Eigenthum[42]); sobald es vom Wasser dauernd verlassen wird und der usus publicus aufhört, sollte es consequent der Occupation Preis gegeben sein (wie beim ager limitatus der Fall ist); warum die Römer das verlassene Flußbett den anliegenden Grundstücken zutheilen[43]), wird nirgends erläutert. Man kann annehmen, daß hier eine Ausgleichung für die Gefahren und Oblasten der Wassernachbarschaft, wenn nicht eine Entschädigung für den Verlust des Wassergenusses beabsichtigt wurde. Die Idee, daß sie das Flußbett als zu den anliegenden Grundstücken gehörig angesehen hätten[44]), läßt sich nicht rechtfertigen. Es spricht dagegen der Umstand, daß die römischen Juristen den Anfall des alveus derel. als accessio — also als Eigenthumserwerb — betrachten, während nach jener Idee nur von einem Aufleben und einer Befreiung des Eigenthums die Rede sein könnte; es spricht dagegen, daß in l. 17 D. de legatis (3) die insula als res futura angesehen wird, und daß nach l. 9 §. 4 D. 7, 1 die Insel und folglich auch der alveus derel. dem Ususfructus des Ufergrundstücks nicht unterfällt[45]). Jener Idee

---

42) Es ist res extra commercium; l. 24 pr. D. 39, 2. l. 1 §. 12 D. 43, 12. l. 1 §. 3 D. 43, 13. Elvers a. a. O. S. 429.

43) Daß die Worte sed vix est, ut id obtineat in l. 7 §. 5. D. 41, 1 (wie Elvers, Themis I. S. 430 behauptet), unter Umständen eine Ausnahme gestatteten, ist sehr zu bezweifeln.

44) Vgl. Rechtslexikon v. Weiske B. I S. 16. Auch der Ansicht Börner's, Archiv a. a. O. S. 180 kann man nicht beistimmen; der animus domini an dem vom Flusse occupirten Areal kann nicht als fortdauernd gedacht werden, l. 3 §. 17 D. 41, 2. Das verlassene Flußbett erhalten auch nicht diejenigen, denen es früher gehört hat.

45) Elvers a. a. O. S. 437. Von der insula in fl. nata wird l. 9 §. 4 D. 7, 1 gesagt: „esse enim veluti proprium fundum (ein besonderes, verschiedenes Grundstück) cujus ususfructus ad te non pertineat."

steht ferner der Rechtssatz entgegen, daß, falls ein Fluß ein neues Bett sucht, aber später dieses wieder verläßt, dasselbe nicht Eigenthum des früheren Besitzers wird, sondern der Theilung zwischen den angrenzenden Grundstücksbesitzern unterfällt. Weiter wird in diesem Falle mit ausdrücklichen Worten gesagt, daß das Eigenthum am Grund und Boden des Flußbettes aufhöre[46]), während bei der **ripa** neben der Publicität die Proprietas des Anliegers deutlich hervorgehoben und betont wird. Endlich wird jene Idee durch **l. 24 pr. D. 3, 29** und andere Stellen[47]) widerlegt. In jener wird gesagt: „**fluminum publicorum communis est usus — in his igitur publice (jure civitatis) licet cuilibet aedificare et destruere, dum tamen sine incommodo cujusquam fiat.**" Unter gewissen Beschränkungen darf also Jeder an einer beliebigen Stelle des Flußbettes **aedificare et destruere**, also auch Sand und Steine entnehmen, Wassergewächse, Rohr, Schilf und dergleichen holen. Dies Alles läßt sich mit jener Idee nicht vereinigen.

Für den Fall, daß ein Fluß sein altes Flußbett nicht von selbst, sondern in Folge der künstlichen Anlegung eines neuen Flußbettes verlassen hat, soll nach einer Entscheidung des Ober-Tribunals zu Stuttgart (Würtemb. Archiv. III. 2. S. 386) der römisch rechtliche Grundsatz nicht zur Anwendung kommen, sondern die Grundsätze des deutschen Rechts, wonach der Grund und Boden des öffentlichen Flusses in dem Eigenthum des Staates sich befindet und diesem nach erfolgter Trockenlegung verbleibt. — Dieser Ansicht kann ich nicht

---

46) l. 23 D. 7, 4: „**quum etiam ipsa proprietas eo casu amittatur.**"

47) l. 1 §. 12 D. 43, 12: „**Non autem omne, quod in flumine publico ripave fiat, coërcet Praetor —.**"

beitreten. Abgesehen davon, ob es nach deutschem Rechte ein Eigenthum des Staates an den Flüssen giebt, und ob dies auf den alveus derel. in der gedachten Weise einwirkt, kommt nichts darauf an, ob der Fluß von selbst, oder in Folge eines Menschenwerks sein altes Bett verläßt[48]). Das Bett hört auf, öffentlich zu sein, weil kein öffentlicher Gebrauch des Flusses mehr stattfindet, quia jam populus eo non utitur; es fällt den Anliegern zu, weil sie entschädigt werden sollen für die Gefahren oder für die verlorenen Vortheile des Wassers. Diese Gründe passen auf den einen, wie auf den andern Fall, und das mögliche Motiv der Entschädigung für die wegfallenden Vortheile vom Wasser (bei Flüssen und Bächen steht immer der Nutzen im Vordergrunde, bei Regenwasser die Gefahr) würde bei einem Verlassen des Flußbetts durch Menschenwerk noch viel schwerer in die Wagschaale fallen, als bei einer Dereliktion in Folge natürlicher (also kasueller) Ereignisse[49]).

Bekanntlich sollen auch die Inseln, welche in einem Flusse sich bilden, den Anliegern ebenfalls jure accessionis zufallen. Hier leuchtet ebenfalls der Gesichtspunkt durch, daß nur der Wassergebrauch das wesentliche Moment ist; die Insel, obwohl auf solo publico emporgewachsen, müßte eigentlich publica sein; allein da das Wasserbett nur wegen und in Ansehung des Wassers öffentlich ist, so wird die zum Wassergebrauch nicht erforderliche Insel auch nicht als öffentliche Sache betrachtet[50]); dagegen ihre Ufer, soweit sie vom öffent-

48) Wernher, Obs. P. V. obs. 137. Wochenblatt für merkw. Rechtsf. 1849 S. 164.

49) Was und in wie weit ein Flußbett als alveus derelictus anzusehen, ist quaestio facti und dabei das Gutachten Sachverständiger von Gewicht.

50) Also das Axiom: superficies cedit solo ist hier nicht maß-

lichen Wassergebrauch in Anspruch genommen werden, müssen als öffentlich betrachtet werden[51]).

Die Lehren von der **insula in flumine nata**, von dem **alveus derelictus** und der Alluvion, welche auch in den deutschen Rechtsquellen in Uebereinstimmung mit dem römischen Rechte auftauchen[52]), sind ziemlich allgemein als geltendes Recht bei allen fließenden Gewässern anerkannt. Da sie aber lediglich Konsequenzen der Oeffentlichkeit dieser Gewässer sind, so liefern sie einen nicht geringen Beweis dafür, daß dieses Princip doch im Stillen wirksam geblieben ist, so viel man auch von Eigenthum an fließenden Gewässern resp. an Bächen — was sich mit jenen Lehren juristisch nicht vereinigen läßt — gesprochen hat.

§. 4.

III. Was sind flumina privata nach römischem Rechte und welche Rechtsgrundsätze sind bei ihnen anzuwenden?

In den Quellen wird zwar definirt, was ein **flumen publicum**, nicht aber, was unter **flumen privatum** zu verstehen sei. Es werden aber die **flumina** vorher eingetheilt in **perennia** und **torrentia**, dann wird gesagt, **flumen publicum esse, quod perenne sit**, und wir dürfen also nicht zweifeln, daß die **torrentia** zu den **flum. privatis** zu zählen sind.

---

gebend, wie Labeo in l 65 §. 4 D. 41, 1 irriger Weise annimmt. Vgl. unten §. 16.

51) l. 65 §. 1 D. 41, 1: „Si qua insula in flumine propria tua est, nihil in ea publici est. Paulus: imo in eo genere insularum ripae fluminі et littora mari proxima publica sunt, non secus atque in continenti agro idem juris est."

52) Sächs. Landrecht II. Art. 56. Eisenach. Rechtsbuch B. III. c. 106. Rechtsbuch nach Distinctionen B. V. c. 30 Schwabenspiegel art. 370.

Unter **torrentia**[53]) sind zu verstehen: die wilden Wasser, Gießbäche, Regenströme. Ovid, **Remed. 651** sagt von ihnen: „**flumine perpetuo torrens solet acrius ire; sed tamen haec brevis est, illa perennis aqua**[54]).“ Demnach gehört zu dieser Kategorie jedes fließende Gewässer, welches nicht beständig fließt, einerlei, ob groß, wie ein Fluß, oder klein, wie ein Bach. — Da aber das Kriterium des **flum. publicum** lediglich in die Perennität des fließenden Wassers — als **causa perpetua** des **usus publicus** — gesetzt wird, so sind nach meiner Ansicht zu den **fluminibus privatis** noch zu zählen die kleinen Gewässer, bei denen man Bett und Ufer kaum unterscheiden kann, die in schmalen Gräben oder Wasserrissen dahin fließen, einen öffentlichen Gebrauch nicht gestatten, und darum auch ein öffentliches Interresse nicht hervorrufen. Von diesen Gewässern, meist Abflüssen von Quellen oder Teichen, sprechen wir weiter unten.

Von dem **flum. privatum** wird in §. 4 a. a. O. gesagt: „**nihil differt a ceteris locis privatis flumen privatum**“ und §. 10: „**quod fit in privato flumine, perinde est atque si in alio privato loco fiat;**“ deshalb verneint hier Ulpian auch die Anwendbarkeit der für **flumina publica** aufgestellten Interdicte.

Es kommen also die privatrechtlichen Grundsätze des Eigenthums in Anwendung, und wenn von den **flum. publicis** gesagt wird: **communis est usus**, so muß es bei dem **flumen privatum** heißen: **privatus est usus**; die Gegensätze sind: Gemeingebrauch und ausschließliches Recht des Eigenthümers, oder: Gleichberechtigung aller Staats-

---

53) Die Betonung derselben Seiten der Römer hängt mit geographischen und klimatischen Verhältnissen zusammen.

54) l. 7 §. 6 D. 41, 1. l. 23 l. 24 D. 7, 4.

bürger — und — alleiniges Recht eines Einzelnen. Darüber kann eigentlich kein Zweifel sein; l. 1 pr. D. 1, 8 sagt: res humani juris sunt aut publicae, aut privatae; privatae autem sunt, quae singulorum sunt." L. 10 eod. bestimmt, quod in mare aedificatum, fit privatum, quod mari occupatum est, fit publicum und l. 6 ib. erläutert uns, daß mit dem privatum Eigenthum gemeint sei. Der obige Ausspruch Ulpian's: nihil differt etc. bedeutet demnach: die flumina privata werden von dem übrigen Grund und Boden nicht unterschieden; es kommen auf sie die Grundsätze vom Eigenthum in Anwendung[55]).

Was insbesondere die Gießbäche betrifft, so tritt hier der Wassergebrauch und das Wasser selbst zurück, Grund und Boden kommt vorzugsweise in Betracht; das Erscheinen des Wassers in seiner vergänglichen Gestalt gleicht der Ueberschwemmung eines Grundstücks durch Fluß- oder Bachwasser, inundatio speciem fundi non mutat — solum perpetuo ejusdem juris manet — pristinus status restituitur[56]), sobald das Wasser verlaufen ist. Von einem großen und dauernden Nutzen kann dies Wasser nicht sein, darum kann eine Servitut (aquae ductus oder haustus) daran nicht bestellt werden, es mangelt die causa perpetua; der Hauptgesichtspunct fällt auf die Abwehr der Gefahr dieser Gießbäche für die betreffenden Grundstücke.

Den Hauptbestandtheil des torrens bildet Schnee- und Regenwasser; Festus v. torrens sagt: torrens significat fluvium subitis imbribus concitatum, qui alioquin siccitatibus exarescit;" Horaz nennt ihn flumen hibernum; dies ist der Grund, warum hinsichtlich des Was-

55) Vgl. noch l. 1 pr. D. 43, 1. l. 14 D. 47, 10.
56) L. 7 §. 6 D. 41, 1. l. 23. l. 24 D. 7. 4.

sers des torrens die Grundsätze vom Regenwasser in Anwendung kommen. Wir finden auch in dem Titel de aquae pluviae arcendae actione verschiedene Stellen, welche von dem torrens handeln und sonach die Richtigkeit dieser Ansicht beweisen. Es sind dies: l. 2 §. 7 D. 39, 3: Apud Namusam relatum est, si aqua fluens iter suum stercore obstruxerit et ex restagnatione superiori agro noceat, posse cum inferiore agi, ut sinat purgari —". L. 11 §. 6: „Si vero vi fluminis ager deletus sit, aut glarea injecta, aut fossa limo repleta, tunc patientiam duntaxat praestandam." — L. 2 §. 9: „Idem Labeo ait, si vicinus flumen torrentem (torrens) averterit, ne aqua ad eum perveniat, et hoc modo sit effectum, ut vicino noceatur, agi cum eo aquae pluviae arcendae non posse[57]). Die Hauptsätze vom Regenwasser berühren wir weiter unten, und bemerken nur hier, daß bei flum. priv. von Anwendung der Sätze über Alluvion, alveus derelictus und dergl. nicht die Rede sein kann; es ist dies nothwendige Konsequenz davon, daß das Bett eines flumen privatum im Privat-Eigenthum sich befindet[58]).

§. 5.

IV. Aqua profluens.

Von der aqua profluens wird in §. 1 Inst. II, 1 und l. 2 §. 1 D. 1, 8 gelehrt, sie sei „naturali jure omnium communis" und darum res nullius, wie die Luft und das Meer. Wie die Luft niemals und nirgends Gegenstand des Eigenthums sein kann, — denn bei der sogenannten Luftsäule über Grund und Boden kommt nicht die darin befindliche

57) Bei flum. publ. finden ganz andere Grundsätze in Hinsicht des purgare und avertere flumen statt c. 1 Cod. 7, 41. Vgl. §. 13.

58) l. 12 D. 41, 1 vgl. mit l. 1 §. 4 D. 43, 12.

Luft, sondern lediglich der Raum in Frage, — so steht auch die strömende Wasserwelle in Niemands Eigenthum, kann aber von Jedermann zum Lebensbedarf occupirt werden. In welcher Weise und in welcher Ausdehnung sich die römischen Juristen diesen usus communis an der aqua profluens dachten, darüber sagen sie nichts; ebendasselbe ist der Fall bei dem Gebrauche der Luft. Unerschöpflichkeit und Unentbehrlichkeit des Wassers bilden jure naturali den Grund und die Grenze des Allen zustehenden Gebrauchs; es muß dieser schon hiernach beschränkt sein auf Wasser, welches man als unerschöpflich annehmen darf, und auf die nothwendigsten Bedürfnisse des gemeinen Lebens, welche ohne besondere Vorrichtuug im Wasser befriedigt werden können. Das Recht dazu wird auf die Natur aller lebenden Geschöpfe und auf das hierin begründete Rechtsbewußtsein, das gewissermaßen auch die Thiere mit dem Menschen theilen sollen (pr. Inst. 1, 2), zurückgeführt. Es wird daher nur in einem solchen Umfange gedacht, wie es auch Thiere üben können [59]). Es kann sich, wie bei der Luft, blos auf einzelne Theile des Wassers beziehen, welche sofort durch die nachströmende Menge ohne merklichen Nachtheil für das Ganze (flumen) wieder ersetzt werden, also auf Trinken, Tränken des Viehes, Schö-

59) Es stammt ja aus dem jus naturale, quod natura omnia animalia docuit, ac non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. l. 1 D. 1, 1. Es ist nach röm. Anschauung kein usus publicus, weil nicht Rechtsobjekt der Bürger eines bestimmten Staats oder einer Stadt, und deshalb nicht Gegenstand der Gesetzgebung. l. 50 D. 41, 1. Den usus com. an der aqua profl. bezeichnen die röm. Juristen als Ausfluß des Naturrechts, jeden weiter gehenden Gebrauch, den nur Menschen, nicht andere Geschöpfe machen können, lassen sie selbst am Meere und an der Meeresküste, obschon sie res communes omnium, doch dem jus gentium anheimfallen. l. 1 §. 18 D. 39, 1.

pfen ohne besondere Vorrichtung, Waschen und Baden und ähnliche Gebrauchsarten. Dieser Gebrauch wird auch usus innoxius genannt, weil er weder der Beschaffenheit, noch dem Laufe und dem Stande des Wassers einen merklichen Nachtheil zufügen darf. Bei jedem weiter gehenden Gebrauche des fließenden Wassers sprechen die Quellen niemals von aqua profl., sondern stets von flumen, z. B. bei dem Fischen §. 2 Inst. 2, 1, bei dem Schiffen u. s. w. Quidquid in aqua fiat, in flumine publ. factum accipere debemus — ripa est id, quod flumen continet — sagen sie und erwähnen (außer in §. 1 Inst. 2, 1 und l. 2 D. 1, 8) die aqua profl. nicht wieder; die aqua profl. geht in der nothwendigen Verbindung mit dem alveus im Begriff des flumen völlig unter[60]). Hervorzuheben ist hier noch, daß aqua profluens und aqua perennis verschiedene Dinge sind; jede aqua profluens ist auch perennis, aber nicht jede aqua perennis (z. B. Brunnenwasser in fundo privato) auch profluens.

Der Satz: aqua profluens naturali jure est omnium communis, wird auch heute noch tagtäglich im Leben geübt, und es muß befremden, wie Kori im Archiv für civ. Praxis B. XVIII S. 38 zu der Bemerkung kommen konnte, der Ausspruch Marcian's sei in dieser Allgemeinheit nicht richtig. Der Grund zum Irrthum lag freilich für Kori in seiner Idee, daß unter res communis omnium eine Gesammtproprietät oder Gesammtnutzung zu verstehen sei. Wenn endlich in l. 13 §. 7 D. de injur. und in l. 3 §. 1 D. 43, 8 nur das Meer und die Luft als res omnium communes genannt werden, so kann hieraus nicht geschlossen werden, daß die Eigenschaft der aqua profluens als res communis omnium zweifelhaft erscheine, denn beide Stellen

60) Vgl. tit. D. 43, 12; 43, 13.

handeln hauptsächlich von dem Gebrauche des Meeres und die Luft wird nur beispielsweise erwähnt, es lag demnach hier keine Nothwendigkeit vor, auch die aqua profluens als Beispiel einer res communis mit anzuführen.

Es bedarf wohl kaum der Bemerkung, daß kein Grundeigenthümer zu dulden braucht, daß Jemand zur Ausübung dieses usus communis, also um Wasser zu schöpfen oder um zu baden und dergl., über sein Grundstück gehe, gerade so, wie die Vögel und das Wild zwar von Jedermann gefangen werden können, aber jeder Eigenthümer doch das Betreten seines Grundstücks zu diesem Zwecke verwehren darf[61]).

Das Recht auf den Genuß des fließenden Wassers (aq. profl.) beruht auf dem Bedürfniß der menschlichen Natur, ist ein allgemeines Menschenrecht, und die Verletzung dieses Rechts durch persönliche oder thatsächliche Behinderung daran erscheint als Verletzung der Persönlichkeit. Darum geben die römischen Juristen zum Schutz dieses Rechts dem Verletzten die Injurienklage[62]). Diese wird jedoch hinfällig, wenn von Seiten der kompetenten Behörde im öffentlichen Interesse oder aus polizeilichen Gründen eine thatsächliche Störung jenes Rechts verfügt wird[63]).

Zum Schluß komme ich nochmals auf die Ausführung von Elvers in der Themis, N. F. Bd. I Heft 3 S. 424, 425 zurück. Er sagt: „die aqua profluens, wie die Luft, sei jure naturali Allen gemein, deshalb könne sie auch von Jedem occupirt werden. Hieraus folge, daß der Grundeigen-

---

61) l. 3 §. 1. l. 5 §. 3 D. 41, 1. l. 13 §. 7 D. 47, 10.

62) l. 13 §. 7 D. 47, 10. l. 2 §. 9 D. 43, 8. Eine andere Auffassung bei Sintenis, Civilrecht I. §. 40 Note 22 und 28. Vgl. dagegen l. 50 D. 41, 1.

63) l. 13 §. 1. §. 6 D. 47, 10. Archiv f. prakt. Rechtswissenschaft v. Emminghaus Bd. 8 S. 488. 491.

thümer sich nicht ohne Weiteres als Eigenthümer des auf seinem Grund und Boden fließenden Wassers betrachten könne. Das aber ihm zustehende Recht der Ausschließung Anderer von jeder Betretung seines Bodens, mache es ihm rechtlich möglich, vor Andern vorzugsweise des auf seinem Grundstücke fließenden und noch in der Freiheit sich befindenden Wassers für seine Zwecke bleibend oder vorübergehend sich zu bemächtigen und zu bedienen[64]."

Hier scheint mir ein Irrthum über die aqua profluens obzuwalten. Der usus communis an der aqua profluens beschränkt sich auf die Befriedigung der gewöhnlichen und nothwendigsten Lebensbedürfnisse ohne besondere Vorrichtung im Flusse selber. Anderweite Benutzung des Flußwassers, wie Schifffahrt, Fischerei, Bewässerung u. dergl. zählen die Römer zum usus publicus fluminis[65]). Eine bleibende Bemächtigung des ganzen fließenden Wassers verstößt gegen den Begriff einer res omnium communis. Auch kann das, was Elvers als rechtliche Möglichkeit bezeichnet, nur als eine faktische Möglichkeit, als Gelegenheit (non jus, sed occasio, l. 2 D. 43, 21) angesehen werden, und es kommt seine Deduktion mit der c. 10 Cod. 3, 34 und mit l. 1 §. 11, 12. l. 2. §. 9 D. 39, 3 in Widerspruch, nach welchen Stellen der Grundeigenthümer das auf seinem Eigenthum fließende Privatwasser kraft seines Eigenthums ableiten und zurückhalten darf.

§. 6.

Börner (im Archiv a. a. O. S. 185) behauptet von

64) Gerber, Deutsch. Privatr. §. 61 bezeichnet dies als den richtigen Gesichtspunkt. Es soll nur ein Eigenthum am Flußbett bei faktischer Verhinderung Anderer zur Benutzung der Wasserwelle vorliegen.

65) l. 2. 3. 4 D. 1, 8 u. §. 1, 2 Inst. 2, 1. Vgl. oben §. 4.

dem torrens, das Wasser, die aqua profluens sei hier, wie überall, res communis omnium, allein nicht publica, weil hier der Gemeingebrauch nicht der Obhut des Staats unterstellt sei, und Endemann (Ländl. Wasserrecht S. 4) sagt: „Auch bei den privaten Gewässern gehörte das Wasser nicht den Privaten. Alles im Fließen begriffene Wasser war allen Menschen gemeinsam." — Ich muß die Richtigkeit dieser Ansichten bezweifeln. Der Ausdruck res communis omnium hat eine doppelte Bedeutung, einmal die, daß Jeder von dem Gegenstande (Luft, Wasser) einzelner Theile zu seinem Bedarf sich bemächtigen darf, und dann die negative Bedeutung, daß der Gegenstand überhaupt und im Ganzen res nullius ist, nicht Gegenstand des Eigenthums, und der willkürlichen Verfügung eines Einzelnen sein kann. Bei der Luft ist eine solche Verfügung durch die Natur der Sache von selber ausgeschlossen, ähnlich bei dem Meer; aber bei der aqua profluens eines Bachs liegt die Möglichkeit vor, der ganzen Wassermenge sich zu bemächtigen, sie einzudämmen oder abzuleiten und resp. zu verbrauchen. Wo nun die Gesetze ausdrücklich ein solches Verfügungsrecht des Grundeigenthümers anerkennen, da kann nach meinem Dafürhalten nicht von einer aqua profluens mit dem Charakter einer res communis omnium die Rede sein. Dies Anerkenntniß sprechen nun die Quellen hinsichtlich des torrens aus, und hinsichtlich der kleinen Privatgewässer, die noch keinen Bach bilden. Ich bin daher der Ansicht, daß von aqua profluens als res communis omnium nur bei fluminibus publicis eigentlich im juristischen Sinne die Rede sein kann, weil hier allein die Erhaltung und Bewahrung der aqua profluens durch Gesetze vorgesehen wird.

Die Gießbäche (torrentia) werden von den Römern unter dem Gesichtspunkte des Regenwassers aufgefaßt, das

Wasser ist kein Bestandtheil des Eigenthums, wohl aber kann der Grundstücksbesitzer es zu seinen Zwecken zurückhalten und verbrauchen[66]. Wenn er dies nicht thut, kann nun zwar Jeder, der Zugang zum Wasser hat (auf einem öffentlichen Wege oder Grundstücke), das fließende Wasser gerade so, wie die aqua profluens, benutzen, aber es stellt sich das als ein zufälliger Vortheil dar, nicht als ein Recht, und die römischen Juristen gebrauchen dafür den Ausdruck aqua, quae ad te nullo jure defluebat[67]. Der usus communis hingegen an den res communes omnium wird auf das jus naturale gegründet, ist durch Rechtsmittel geschützt und kann deshalb nicht der willkürlichen Entziehung durch Andere Preis gegeben sein.

Aehnlich ist das Verhältniß mit den Quellen-Abflüssen, welche keinen öffentlichen Fluß oder Bach bilden. Auf dem Grundstück des Quelleneigenthümers wird dieser Abfluß, wie die Quelle selbst, als portio fundi angesehen, er unterliegt der beliebigen Disposition des Eigenthümers und kann von ihm zurückgehalten, in Behältnisse geleitet und verbraucht werden. In seinem weiteren Verlaufe durch die niedriger gelegnen Grundstücke erscheint er als ein zufälliger Vortheil, auf welchen die betreffenden Grundeigenthümer ein Recht erst durch Servituterwerb oder Herkommen erlangen[68]. Diese Bestimmung der Gesetze wäre unerklärlich, wenn das fließende Wasser hier unter den engern Begriff von aqua profluens als res communis omnium fallen sollte, denn dann müßte jure naturali auch das Recht begründet sein, daß es den Anliegern nicht ganz entzogen werde. Kurz, mich

66) l. 1 §. 11, 12. §. 21. l. 2 §. 9. l. 21 D. 39, 3. l. 26 D. 39, 2.

67) l. 2 §. 13 D. 43, 8.

68) Vgl. unten §. 11 und 12.

bedünken, daß die Natur der aqua profluens als res communis omnium der unbeschränkten Verfügung des Eigenthümers über fließendes Privatwasser (quod in flumine privato fit, perinde est atque si in alio loco privato fiat) durchaus widerstreben müsse.

Was aber das geleitete Wasser, aqua ducta, anlangt, welches bestimmt ist, in Teichen, Cisternen u. dergl. aufbewahrt oder zu landwirthschaftlichen Zwecken, zum Bedürfniß der Hauswirthschaft oder eines Gewerbes ganz oder theilweise erschöpft und verbraucht zu werden, so hört dies auf, aqua publica oder flumen publicum zu sein, auch wenn es aus einem flumen publicum abgeleitet wurde; es fließt nicht frei und selbstständig mehr, wie die aqua profluens, sondern es wird geführt und geleitet, ist gefangen in Kanälen, Röhren, Gräben und wird nicht selten durch künstliche Vorrichtungen vorwärts getrieben, es ist nicht mehr Theil oder Arm des Flusses, aus dem es entnommen, auch wenn es zum Theil wieder dahin zurückkommen sollte. Diesen Gegensatz findet man deutlich ausgesprochen in l. 1 §. 21 D. 43, 20: „Quaesitum est, si quis ante annum aquam duxit, deinde sequenti tempore, id est intra annum, aqua influxerit ipsa sibi, me non ducente, an huic interdicto locus sit. Et refert Severus Valerius, competere interdictum, quasi duxisse videatur, licet penitus prospicientibus non videtur iste duxisse[69]). Die römischen Juristen sagen daher auch von geleitetem Wasser niemals, daß es fließe[70]), sondern aqua ducitur, aqua ducta. Geleitetes Wasser ist also schon der Natur der Sache

69) Vgl. l. 12 D. 8, 6: — „si aqua per rivum sua sponte perfluxit."

70) Von den Mühlgräben und andern Kanälen, die öffentlich bleiben, sagen sie: fossa, per quam fluit flumen publicum.

nach von der aqua profl. verschieden, es fällt nicht unter den Begriff derselben.

Eben so verschieden stellt sich auch die rechtliche Seite der aqua ducta dar. Das auf meinem Grundstück selber geleitete Wasser[71]), sei es aus einer darauf befindlichen Quelle, oder aus einem daneben laufenden Gewässer, ist, jenachdem es in der Erde oder in Röhren über der Erde geleitet wird, portio fundi oder Pertinenz des Grundstücks, jedenfalls mein Eigen[72]). Hier kann offenbar das in den Leitungen fließende Wasser nicht als aqua profluens und res communis omnium angesehen werden. Ich habe ja als Eigenthümer des Grundstücks ein ausschließliches Recht zur Disposition über das Wasser, und kann jeden Andern, selbst wenn mittelst eines öffentlichen Wegs der Zugang zum Wasser unverwehrt wäre, mit den gewöhnlichen Rechtsmitteln des Eigenthümers, prohibitio, interdictum, quod vi aut clam, interdictum uti possidetis, actio negatoria, von demselben abhalten[73]). Das heimliche Schöpfen und Wegtragen des Wassers wäre Diebstahl und kann mit der actio furti verfolgt werden. „Si unus servus tuus hausisset et abstulisset, alter hauriendo deprehensus est, teneberis." — L. 35 §. 1 D. 47, 2 vergl. mit l. 25. l. 52 §. 8. l. 57 D. ib. Dieses im eigenen Grundstück geleitete und ihm entsprungene Wasser ist res singulorum, wird verkauft, verschenkt u. s. w., kommt

71) „Aquarum iter aut ipsius fundi est, aut separatum a fundo" — l. 19 §. 4 D. 10, 3.

72) Was vom natürlichen Abfluß der Quelle gilt, muß noch mehr vom geleiteten Wasser gelten. In lege fundi aquam accessuram dixit — l. 40 §. 1 D. 18, 1. l. 37 D. 8, 3.

73) l. 19 §. 4 D. 10, 4 verglichen mit l. 25 D. 8, 3. Was hier vom jus aquaeductus gilt, muß auch auf das eigene geleitete Wasser Anwendung leiden.

in Folge der Theilungsklagen zur Theilung — und kann darum nicht gleichzeitig extra commercium, res nullius, weil res omnium communis sein.

Das Wasser, welches ich über ein fremdes Grundstück auf das meinige leite, kann zwar nach strengem Rechte nicht mein Eigenthum genannt werden, wohl aber habe ich ein privates, ausschließliches Recht daran. Es findet eine privatrechtliche Theilung der Wasserbenutzung statt, ich habe die confessoria gegen Jeden, der die Wasserleitung stört oder verhindert, oder mir Wasser ableitet, und resp. den Interdictenschutz nach tit. D. 43, 20. Kurz, das Wasser, welches ein Servitutberechtigter über ein fremdes Grundstück leitet, ist res privata oder res singulorum[74]) und steht deshalb im feindlichsten Gegensatze zu den res communes omnium, quae nullius in bonis esse creduntur. Das geleitete Wasser wird aut mensura aut temporibus vertheilt[75]); wie läßt sich wohl mit einer Vertheilung nach dem Maaß es vereinigen, daß ein Jeder beliebig von dem Wasser schöpfen und sein Vieh tränken kann?

Wenn übrigens geleitetes Wasser als aqua profluens communis omnium wäre, so müßte auch der dominus fundi servitutis das Recht haben, davon zu schöpfen und sein Vieh zu tränken; allein dem widerspricht l. 2 D. 43, 21 ausdrücklich[76]). Eine andere Stelle lautet: „Haec de haustu

74) Die privatrechtliche Seite beleuchten noch die in l. 33 §. 1 D. 8, 3 und l. 3 §. 3 D. 43, 20 erörterten Fragen.

75) l. 19 §. 4 D. 10, 3.

76) „Labeo non posse, ait, ex aperto rivo terrenum fieri, quia commodum domino soli aufferetur appellendi pecus vel hauriendi aquam; quod sibi non placere Pomponius ait, quia id domino magis ex occasione, quam ex jure contingeret, nisi si ab initio in imponenda servitute id actum esset."

ex fonte privato; ad flumen autem **publicum**, Neratius scribit, iter debere cedi, **haustum non oportere**; et si quis tantum haustum cesserit, nihil eum agi[77]).“ Aus diesem Fragment entnehmen wir den Satz, daß am flumen publicum das Schöpfen ein jus naturale ist, welches an der aqua profluens als res communis Jedem von selber schon zusteht und nicht Gegenstand des Privatvertrags sein kann, weil es extra commercium ist. Dagegen wird von der aqua ducta gesagt: „neque alii vicino poteris haustum ex rivo cedere; pacto enim vel stipulatione intervenientibus et hoc concedi solet.“ — An der aqua ducta kann also eine servitus haustus bestellt werden[78]). Der haustus ist demnach bei der aqua ducta, wie bei dem fons privatus, kein jus naturale extra commercium und das geleitete Wasser keine res communis, wie die aqua profluens der flumina publica.

Zu diesen Argumenten tritt noch unterstützend die Wahrnehmung heran, daß die römischen Juristen den technischen Ausdruck aqua profluens weder vom Regenwasser, noch vom flumen privatum, noch von dem geleiteten Wasser gebrauchen. Vom Regenwasser sagen sie meist aqua fluens, decurrens, aqua pluvia; nur in l. 1 §. 20 und 22 D. 39, 3 gebrauchen sie der Abwechselung halber einige Male den Ausdruck aqua natura profluens, jedoch gerade da, wo vom Regenwasser überhaupt, nicht insonderheit von einem flumen die Rede ist, wo also vom Schöpfen, Trinken u. s. w. nicht die Rede sein kann, und lediglich in der Bedeutung von aqua naturaliter decurrens. Fragen wir endlich, warum die römischen Juristen nur die aqua **profluens** für res

77) l. 3 §. 3 D. 8, 3. Vgl. damit l. 9 ibid. u. l. 17 §. 4 D. 39, 3.

78) l. 33 §. 1. l. 9 D. 8, 3. l. 8 §. 2 D. 39, 3.

communis omnium erklären und nicht jedes Wasser, welches nachhaltig und unerschöpflich ist, z. B. in großen Privatteichen, Brunnen mit starken Quellen, dahin zählen, so läßt sich kein anderer Grund dafür auffinden, als der: daß sie den Begriff einer res communis omnium mit dem Begriff von Eigenthum und Privatrecht am Wasser nicht zu vereinigen vermochten.

§. 7.

V. Regenwasser[79]).

Das Regenwasser (aqua coelestis — aqua pluvia) ist ein natürliches Product, eine kasuelle Erscheinung, die wegen ihrer flüchtigen, vergänglichen Existenz auf dem Grundstück, wo sie fließt, einen zufälligen Vortheil (commodum) oder Nachtheil (damnum) erzeugt, welcher von dem Eigenthümer benutzt werden kann, resp. ertragen werden muß, aber weder als Theil des Grundstücks, noch als Pertinenz desselben anzusehen ist. Der betreffende Grundeigenthümer hat daher weder eine Klage, wenn ihm der Vortheil des zuströmenden Regenwassers von einem Andern entzogen wird[80]), noch hat er eine Verantwortung wegen des Nachtheils, welcher durch den von seinem Grundstück abfließenden Regen seinem tieferen Nachbar zugefügt wird[81]). Es versteht sich jedoch von selbst, daß, wenn ein Grundbesitzer das auf seinem Grundstück niederfallende oder fließende Regenwasser in Gruben, Cisternen

---

79) Die Grundsätze der actio aquae pluviae arcendae sind von mir in der Schrift „Die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn" B. 1 S. 184 bis 271 ausführlich entwickelt worden. Zu der dort angeführten Literatur ist noch die mehrfach citirte Abhandlung von Elvers in der Themis hinzuzufügen.

80) l. 1 §. 11, 12 §. 21. l. 2 §. 9 D. 39, 3.

81) l. 1 §. 1 §. 14 §. 22 eod.

sammelt, dies Wasser sein Eigenthum wird und wie Brunnenwasser als portio fundi zu betrachten ist.

Es ist eine natürliche Konsequenz des Eigenthums, daß der Eigenthümer gegen die Nachtheile des fließenden Regenwassers Anstalten auf seinem Grund und Boden treffen darf, indem er entweder dasselbe abwehrt und abhält oder es ableitet resp. zusammenleitet[82]).

Alle diese aus der Natur der Sache abgeleiteten Grundsätze finden wir in dem Titel von der **aquae pluviae arcendae actio** wieder, nur mit der einzigen Einschränkung, und dies ist die ganze Eigenthümlichkeit der Lehre des Titels, daß die zuletzt gedachten Anstalten gegen das Regenwasser der Eigenthümer wieder beseitigen muß, sobald in Folge derselben das Regenwasser einem Grundstücksnachbar Schaden droht (**Si cui aqua pluvia damnum dabit —, de eo opere ex quo damnum timetur**[83])). Es darf also der natürliche Ablauf des Regenwassers (**natura fluere**) durch Einwirkungen des Eigenthümers (**opere manufacto**) zum Nachtheil der be-

82) Elvers a. a. O. S. 474. Die von ihm Note 147 citirten Stelle passen aber nicht hierher. Außerdem finden sich bei Elvers noch folgende Aussprüche: S. 479 werden Werke ausgenommen, welche zur Sicherung der Ernte dienen, l. 1 §. 7 fructuum recipiendorum causa; recipere heißt aber hier so viel wie accipere, percipere. — S. 484 und 488 wird gesagt, in l. 2 pr. bedeute lex die förmliche civilrechtliche Constituirung einer Servitut, namentlich durch lex mancipationis. — S. 482 wird behauptet, die Grundsätze vom Regenwasser, weil jus naturae, treten auch bei städtischen Grundstücken ein. — S. 496: die actio aquae pluv. arc. beziehe sich zunächst auf den Fall der widerrechtlichen Immission des Regenwassers. — S. 499: die actio damni infecti setze ein vitioses, die aquae pluviae actio ein widerrechtliches opus voraus, — Sätze, die ich sämmtlich nicht als richtig anerkennen kann.

83) „Si aqua pluvia nocet, id est si nocere poterit" — Pomponius in l. 21 pr. D. 40, 7.

nachbarten Grundstücke nicht gestört und verändert werden — und es spaltet sich dieser Satz in zwei Richtungen: **ne inferior aquam, quae natura fluat, opere facto inhibeat per suum agrum decurrere**, und zweitens: **ne superior aliter**[84] **aquam mittat, quum fluere natura solet**[85].

Die **aquae pluviae arcendae actio** ist ursprünglich darauf gerichtet, Schaden zu verhüten, den das Regenwasser in Folge von menschlichen Einwirkungen auf ein Grundstück stiften kann. Das Bedürfniß der Landwirthschaft führte aber zu einer erweiterten und analogen Anwendung der Klage (**utilis actio**) auf Fälle, wo Regenwasser in Folge natürlicher Einwirkungen auf ein Grundstück Schaden zu stiften droht, z. B. Verstopfung des Wasserswegs, Erdrisse, Anhäufung von Schutt, Verfall von Dämmen u. s. w. Bei dieser **utilis actio** findet Seitens des Beklagten in der Regel nur ein **patientiam praestare**, kein **restituere** Statt[86].

Die **aquae pluviae arcendae actio** und die ihr zu Grunde liegenden Rechtssätze kommen hiernach nur in Anwendung:

a) wenn es sich um eine Gefahr von Regenwasser handelt, sei es Regenwasser an sich (im freien Gefilde fließend) oder Regenwasser, welches sich mit einem andern Gewässer (Teich, Fluß, Bach) vermischt und dieses angeschwellt hat. Eine Vorrichtung auf meinem Grundstück, welche den Lauf des Flusses in seinem gewöhnlichen Stande zum Nachtheile eines Nachbars ändert, unterfällt nicht der

84) Gegen ein **alibi mittere, quam fluere natura solet**, würde die Negatoria eintreten.

85) **l. 1 §. 10 §. 13 D. 39, 3.**

86) **l. 1 §. 23. l. 2 §. 1. 5 D. eod.**

aquae pluviae actio; wenn aber in Folge jener Vorrichtung der durch Regen angeschwellte Fluß auf das Nachbargrundstück austreten und Schaden stiften würde, dann ist die Regenwasserklage gestattet [87]).

b) Wenn es sich um Grundstücke im Freien (ager) handelt. Gerade so, wie die actio finium regundorum bei praediis urbanis, quoniam communibus parietibus plerumque disterminantur, unpraktisch wird [88]) und ausgeschlossen ist, findet auch die aquae pluviae actio bei Grundstücken in Städten, Flecken, Dörfern u. s. w. keine Anwendung; die Scheidung derselben durch Wände, Mauern, Planken u. dergl. hebt den natürlichen Wasserweg auf, und kein Besitzer eines praedium urbanum ist verpflichtet, das Regenwasser des Nachbars aufzunehmen, aber auch nicht verbunden, es von ihm abzuwehren. Hier kommen die Grundsätze der Negatoria allein in Anwendung; es darf also kein Hausbesitzer oder Grundeigenthümer Anlagen oder Vorrichtungen machen, wodurch Regenwasser dem Nachbar zugewiesen wird, welches dieser ohne dieselben nicht empfangen würde [89]).

c) Die Regenwasserklage findet nur Statt bei Anlagen, die auf einem Privatgrundstücke gemacht werden und ist bei Werken in publico (also namentlich in flumine publico und öffentlichen Kanälen) ganz ausgeschlossen. Hier kann man sich gegen die Gefahr eines Werks nur mittelst der cautio d. inf. sicher stellen [90]).

---

87) l. 1 pr. §. 2 §. 15, 16. ib.

88) Ueber diese Parallele Cicero, Top. 4 und 10.

89) l. 1 §. 17. 19. 20 D. 39, 3. Vergl. diese Jahrbücher B. 6 S. 403 ff.

90) l. 3 §. 3. l. 18 pr. D. 39, 3: — „Si quis in publico opus faciat, haec actio cessat.“ — „Si in publico opus factum est, quo aq[illegible] [illegible]t, agi non potest.“ L. 22 §. 2 ib.: — „Aggeres

Es wird genügen, das Recht vom Regenwasser in diesen allgemeinen Umrissen zu zeichnen. Bei Betrachtung derselben kommt es mir einigermaßen unbegreiflich vor, wie man diese Grundsätze hat als allgemeine Sätze auf alles fließende Wasser, und insbesondere in analoger Ausdehnung auf Bäche und Quellenabflüsse anwenden können. Es sind besonders folgende Aussprüche der römischen Juristen, denen man in der Wissenschaft wie in der Praxis gar häufig eine allgemeine Bedeutung vindicirt:

„Semper enim hanc esse servitutem inferiorum praediorum, ut natura profluentem aquam excipiant."

„Si tamen lex non sit agro dicta, agri naturam esse servandam et semper inferiorem superiori servire."

„In summa tria sunt, per quae inferior locus superiori servit: lex, natura loci, vetustas, quae semper pro lege habetur, minuendarum scilicet litium causa [91])."

Diesen Sätzen hat man eine so unbegrenzte Bedeutung beigelegt, daß auf Grund derselben sogar der Satz aufgestellt worden ist [92]), der tiefer gelegene Grundstücksbesitzer dürfe überhaupt nichts auf seinem Grund und Boden vornehmen, was für das höher gelegene benachbarte Grundstück von Nachtheil sein könne.

Es soll die Aufgabe des folgenden Abschnitts sein, aus den Quellen nachzuweisen, daß dies Gebaren mit den obigen Stellen sich nicht rechtfertigen läßt.

---

juxta flumina in privato facti in arbitrium a. pl. arc. veniunt, etiam si trans flumen noceant."

91) l. 1 §. 22 §. 23. l. 2 pr. D. 39, 3.

92) Vom Ob.-App.-Gericht in Dresden.

§. 8.

Zunächst können die Grundsätze vom Regenwasser nicht auf Wasser in Flüssen und Bächen (flumina publica) Anwendung finden, denn sie gehen von der Voraussetzung aus, daß das Wasser der freien Disposition des Eigenthümers unterliegt (in suo retinere, in suum derivare, torrentem avertere potest[93])), weil und insofern es auf seinem Privatgrund und Boden fließt, sie setzen voraus, daß die schadendrohende Einwirkung (opus manufactum) auf Privatgrundstücken stattfindet, weshalb mehrfach betont wird, aquae pluv. arc. actionem non nisi cum domino esse. Am flumen publicum dagegen findet Eigenthum nicht Statt, auch der Grund und Boden, den es bedeckt, ist öffentlich; von einer privatrechtlichen Verpflichtung des niedriger gelegenen Grundstücks, aquam natura profluentem aufzunehmen, kann hier folglich nicht die Rede sein. Wir finden diesen Satz nirgends auf flumina publica angewendet, denn die römischen Juristen gingen davon aus, daß das, was der Fluß einmal zu seinem Bett eingenommen hat, mit dem Moment der Occupation aufhört, Eigenthum zu sein. Wir haben ferner oben schon hervorgehoben, daß die actio a. pl. arc. nicht Platz greift, wenn Jemand in publico, also im Flusse, am Flußufer oder im Bachbette Etwas unternimmt, wodurch das Wasser einen für die benachbarten Grundstücke schädlichen Lauf annimmt. Da die römischen Juristen diesen Punkt so stark betonen, so ist es unglaublich und unmöglich, daß sie bei dem Ausspruche: servitus est inferiorum praediorum, ut natura profluentem aquam excipiant, an flumina publica hätte denken können. Bei diesen ist auch ein avertere flumen in der Regel ver-

93) l. 1 §. 11. 12. l. 2 §. 9 D. 39, 3.

boten[94]), und über die Wegräumung der natürlichen Hindernisse des Wasserlaufs werden für Regenwasser resp. flumina privata ganz andere Grundsätze aufgestellt, als für Flüsse und Bäche[95]).

Endlich muß noch die natürliche Verschiedenheit des Regenwassers von dem Fluß- und Bachwasser in Betracht gezogen werden; während dieses ruhig und stetig in seinem bestimmten Bette fließt und daher hauptsächlich als Gegenstand des Nutzens in Betracht kommt, erscheint das Regenwasser plötzlich und flüchtig, aber meist reißend und furchtbar, ohne Wasserbett in der Regel abfließend, und wird von den römischen Juristen in der Hauptsache nur von der gefahrbringenden Seite aufgefaßt. Bei so großer natürlicher Verschiedenheit der Objecte und bei so auffälliger Verschiedenheit der wesentlichen, für sie bestehenden positiven Rechtssätze darf man wohl mit gutem Grunde bezweifeln, daß für die Analogie hier Raum gegeben sei[96]).

Ganz dasselbe gilt von dem fließenden Quellwasser, soweit es nicht einen Fluß oder Bach bildet. Es zeigt sich hier zunächst dieselbe natürliche Verschiedenheit vom Regenwasser, welche wir eben angedeutet haben. Es kommt aber noch hinzu, daß das abfließende Regenwasser, zumal nach heftigen Regenwettern, auf dem Grundstück zurückzuhalten, für den Eigenthümer eine Sache der Unmöglichkeit ist, wäh-

---

94) c. 1 Cod. de alluvione tit. D. 43, 13.

95) Vgl. §. 4 mit §. 16.

96) Das entgegengesetzte Verfahren muß zu Widersprüchen führen. So gründet Kori (Archiv a. a. O. B. 13 S. 43) das Verbot, den natürlichen Wasserlauf zu ändern, auf l. 1 §. 13 D. 39, 3, während doch in l. 2 §. 9 ib. das avertere flumen torrens geradezu erlaubt wird. Auch ist seine Uebersetzung des „natura fluere" offenbar falsch; das Regenwasser fließt in der Regel nicht „in einem Wasserbett, den es sich durch seinen gewöhnlichen Lauf gebildet."

rend bei Quellwasser, wie es hier in Frage steht, dem Besitzer es meistens möglich sein wird, dasselbe auf seinem Grundstücke zu halten, in einem Brunnen, Teiche zu fassen oder sonst zu verbrauchen. Zu dieser natürlichen Verschiedenheit tritt aber die rechtliche Verschiedenheit heran.

Daß fließende Quellwasser ist portio fundi oder Pertinenz des Grundstücks, das fließende Regenwasser theilt nicht diese Eigenschaft; das Quellwasser kann Object von Servituten werden, das Regenwasser nicht, weil es keine dauernde Benutzung gestattet.

In der Ansicht aber, daß die über Regenwasser gegebenen Vorschriften weder auf Flüsse und Bäche, noch auf Quellenabflüsse[97]) angewendet werden können, muß man noch mehr bestärkt werden, wenn man sieht, wie genau die römischen Juristen den Begriff von Regenwasser feststellen, wie sorgsam sie erläutern, daß die Regenwasserklage bei stehenden oder fließenden Gewässern nur dann Anwendung finden könne, wenn sie durch die Anschwellung von Regenwasser Schaden stiften, und wie bestimmt sie die Anwendung der aquae pluviae arcendae actio bei Quellwasser versagen. Ulpian, indem er eine entgegengesetzte Meinung des Trebatius berichtigt, giebt mit dürren Worten als Grund an, Quellwasser sei kein Regenwasser, neque aquae calidae (fluentes) aquae pluviae sunt[98]). Für die abwei-

97) Funke citirt l. 1 §. 22, 23 D. 39, 3. In Note 40 sagt er: Regenwasser steht, wenn es auf ein Grundstück gefallen, mit dem Quellwasser in fast gleicher Kategorie. S. 295 dagegen: Die Gesetze, welche von der vetustas sprechen, können nicht auf Quellwasser bezogen werden, sie reden nur von der Servitut der Wasserleitung oder vom Verhältniß der Nachbargrundstücke hinsichtlich des Regenwassers.

98) Wie Elvers S. 492 Note 182 die l. 3 pr. für die entgegengesetzte Ansicht citiren konnte, sehe ich nicht ein. Er sagt,

chende Ansicht hat man sich wohl auf l. 3 pr. D. 39, 3 bezogen. Diese Stelle läßt verschiedene Auslegungen zu; man mag aber wählen, welche man will, so viel ist gewiß, daß im Eingange derselben die aquae pluviae arcendae actio als unstatthaft bezeichnet wird, wenn es sich um Quellwasser an und für sich ohne Beimischung von Regenwasser handelt. Dies bestätigt nicht blos der nachfolgende §. 1 mit dem nur gedachten Ausspruche Ulpian's: Quellwasser ist kein Regenwasser, sondern auch die Thatsache, daß in der ganzen l. 3 nur solche Fälle behandelt werden, in denen die aquae pluviae actio nicht Platz greift[99]).

Was nun insonderheit die oben erwähnten drei Stellen, l. 1 §. 22, §. 23 und l. 2 pr. D. 39, 3 betrifft, so kann in der ersten das „ut natura profluentem aquam excipiant" bei einer richtigen Interpretation nur vom Regenwasser verstanden werden; sie steht im engsten Zusammenhange mit dem vorhergehenden Paragraphen und dieser schließt mit dem Axiom: hanc actionem locum habere, si aqua pluvia noceat, non si non prosit; während dieser §. ein opus behandelt, welches das Regenwasser abhielt, bespricht der erstere den Fall, daß ein solches opus wieder beseitigt wird, si vicinus opus tollat. Insbesondere zeigt uns der darauf folgende §. 23, daß unter „inferiorum praediorum" nur agri zu verstehen sind. Die zweite und dritte Stelle

Quellen fließen nach Regen reichlicher und verdanken dem Regen ihre Entstehung, folglich muß die actio aquae pluviae auf Quellen anwendbar sein. — Mit solchen Gründen können wir jeden Unterschied zwischen Regen-, Quell- und Flußwasser verwischen; wir brauchen dann die interd. de fluminibus u. s. w. gar nicht. Elvers widerspricht sich auch selber S. 508, 509.

99) Vgl. Hesse, Rechtsverhältnisse der Grundstücksnachbarn I. Bd. S. 200 ff.

sprechen von den leges agrorum, von der vetustas, quae legis vicem habet[100]), und von der natura loci, per quam inferior locus superiori servit. Daß dabei die Juristen nur an die Gefahr durch Regenwasser gedacht haben, ergiebt sich klar aus Folgendem:

Die Verpflichtung des tiefer gelegenen Grundstücks (natura loci) wird damit gerechtfertigt: „hoc incommodum compensare debere cum alio commodo, sicut enim omnis pinguitudo terrae ad eum decurrit, ita etiam aquae incommodum ad eum defluere." Dies kann man nur vom Regenwasser sagen, welches bei seinem Ablaufe mit dem Humus und der Düngung der höher gelegenen Grundstücke sich bereichert, und sie den tiefer gelegenen Parzellen zuführt, nicht aber von fließendem Quell- und Flußwasser. Der weitere Inhalt jener Stellen wird in l. 2 §. 5 und §. 8 erläutert, womit noch l. 28 D. 22, 3[101]) zu vergleichen; es ist derselbe Jurist Labeo, der da spricht. Aus §. 5 aber ersieht man wiederum, daß immer nur an Regenwasser gedacht worden ist, — per quod effectum est, ut aqua pluvia mihi noceret." Da endlich keine Einschränkung in Hinsicht darauf, wie das Wasser in Fluß gekommen ist, hinzugefügt, sondern ganz einfach gesagt wird, semper hanc esse ser-

---

100) Daß hier unter lex immer eine lex agrorum und eine solche auch bei dem Ausdruck „quae legis vicem habet" zu verstehen ist, bezeichnen l. 2 §. 3 D. 39, 3, wo opera publica auctoritate facta in Parallele gestellt werden mit opera, quorum memoriam vetustas excedit, und l. 23 pr. D. ib.: „quod Principis aut Senatus jussu, aut ab iis, qui primi agros constituerunt, opus factum fuerit, in hoc judicium non venit."

101) Sie behandeln die Fragen: „Si aggerem, qui in vicini fundo erat, vis aquae dejecit" und „quum quaeritur, an memoria extet opere facto."

vitutem inferiorum praediorum, ut natura profluentem (i. e. naturaliter decurrentem) aquam excipiant, so beweist auch dies, daß der Satz nur von Regenwasser gilt. Denn kein Jurist wird behaupten wollen, daß das tiefer gelegene Grundstück das vom oberen abfließende Teichwasser, das in Bergwerken, Kohlengruben, durch artesische Brunnen zu Tage geförderte Wasser, wenn ihm freier Lauf gelassen wird, aufnehmen müsse.

Aus diesen drei Stellen allgemeine Principien für alles fließende Wasser oder sogar für die Rechtsverhältnisse höher und tiefer gelegener Grundstücke überhaupt abzuleiten, dem widerstreben aber nicht allein bekannte Interpretationsregeln, insbesondere der Zusammenhang der Stellen und die Uebersicht des Titels 39, 2 de aquae pluviae arcendae[102]), sondern auch andere positive Aussprüche der Quellen. Dazu zählt unter anderen die l. 2 §. 28 D. 43, 8: „Plane si fundus viam publicam contingat, et ex eo aqua derivata deteriorem viam faciat, quae tamen aqua ex vicini fundo in tuum venit, si quidem necesse habeas eam aquam recipere, interdictum locum habebit adversus vicinum tuum, si autem necesse non sit, non teneri vicinum tuum, te tamen teneri; eum enim videri factum habere, qui usum ejus aquae habeat.“ Hier wird bei Wasser, welches vom Nachbargrundstück herunterfließt, ein Unterschied gemacht, ob der untere Grundstücksbesitzer das Wasser aufzunehmen nöthig habe, oder nicht. Es muß demnach offenbar natürlich abfließendes Wasser (quae in tuum fundum venit) geben, welches der Besitzer des tiefer gelegenen Grundstücks aufzunehmen nicht verpflichtet ist.

---

102) Der andere Theil der Ueberschrift de aqua bezieht sich offenbar auf die wenigen Stellen, welche von der aqua ducta handeln.

Nach der ratio legis kann nur an eine Verpflichtung ex lege gedacht werden, nicht an eine Verbindlichkeit aus Vertrag, Servitut und dergl. Da Ulpian nicht genauer bezeichnet, welches Wasser er meine, so ist die Stelle allgemein von jedem abfließenden Wasser, also auch von Quellwasser zu verstehen. Ulpian spricht ferner von Grundstücken im Freien, wie aus einer Vergleichung der Stelle mit dem vorhergehenden §. 24[103]) hervorgeht. Da nun im Freien das niedriger gelegene Grundstück das vom höheren kommende Regenwasser in der Regel aufnehmen muß, so dürfte jene Stelle hauptsächlich von abfließendem Quellwasser zu verstehen sein.

Läge dem tiefer gelegenen Grundstück die Verpflichtung auf, alles natürlich abfließende Wasser jeglicher Art aufzunehmen, so begreife ich endlich nicht, wie in l. 2 §. 10 D. 39, 3 davon die Rede sein könnte: si fundus tuus vicino serviat, et propterea aquam recipiat; denn derartige Servituten können einerseits hauptsächlich nur für Sumpfwasser und den Abfluß fauler Quellen vorkommen, andererseits wird nicht leicht der Fall eintreten, daß das Wasser von tiefer nach höher gelegenen Grundstücken geleitet wird.

§. 9.

VI. Unterirdische Wasser.

Es ist an einer andern Stelle dieser Jahrbücher darauf aufmerksam gemacht worden[104]), daß die Theilung des Erdbodens in einzelne Grundstücke und die Vertheilung der Oberfläche unter verschiedene Eigenthümer eine wirkliche Scheidung des Grund und Bodens nicht bewirkt und den natürlichen

---

103) „Hoc interdictum tantum ad vias rusticas pertinet, ad urbicas vero non, harum enim cura pertinet ad magistratus."

104) Bd. VI S. 95 u. 96 u. S. 383.

Zusammenhang desselben nicht aufhebt, so daß hierdurch zwischen benachbarten Grundstücken ein natürliches Verhältniß von Wechselwirkung und gegenseitiger Abhängigkeit erhalten wird. Was nun durch diesen Zusammenhang vermittelt in oder auf den Grundstücken aus der Hand der Natur ohne menschliche Einmischung erscheint, das wird als ein natürlicher und zufälliger Vortheil oder Nachtheil angesehen. Den ersteren kann der Eigenthümer benutzen und beliebig darüber disponiren; aber wegen seiner Abhängigkeit von benachbarten Grundstücken mangelt es an einer rechtlichen Garantie für dessen Dauer und Unveränderlichkeit. Dafür hat er aber auch den natürlichen Nachtheil als Eigenthümer des Grundstücks gegen den Nachbar nicht zu vertreten und nicht zu verantworten. Dieser der Natur der Sache entnommene und durch viele Aussprüche der römischen Juristen bestätigte Satz, welchen wir schon bei dem Regenwasser wirksam gesehen haben, findet auch Anwendung auf das unterirdische Wasser, welches sich in den Wasseradern, Gängen, Schluchten u. s. w. in der Erde befindet[105]). Der Eigenthümer kann dasselbe zu Tage fördern und gebrauchen, oder auch sonst unter Tage irgend benutzen, durch Vorkehrungen und Werke auf seinem Grund und Boden; wenn indessen der benachbarte Grundstücksbesitzer durch Graben eines Brunnens oder durch eine andere Anlage auf seinem Grund und Boden die Wasseradern trifft, welche dem Ersteren das Wasser spenden, und diesem nun das Wasser geschmälert oder ganz entzogen wird, so hat er deshalb keine Klage, es wird ihm nur ein Vortheil (commodum, lucrum) entzogen[106]). Dies

105) Grundwasser soll es heißen, wenn es durch unterirdische Gänge mit einem andern größern Gewässer in Verbindung steht. Pierer, Universallexikon.

106) Anders liegt die Sache, wenn der Nachbar nicht in suo,

ist die einstimmige Ansicht der römischen Juristen in l. 24 §. 12. l. 26 D. 39, 2. l. 1 §. 12 D. 39, 2 und l. 21 ibid. Sie vergleichen den Fall mit jenem, wo dem Eigenthümer eines Hauses durch den Höherbau des Nachbarhauses das Licht entzogen wird und fügen hinzu: „multum interesse, utrum damnum quis faciat, an lucro, quod adhuc faciebat, uti prohibeatur [107]).

Wenn aber das Wasser, welches unter meinem Grundstück steht, ohne mein Zuthun, dem Nachbar Schaden bringt, wenn es sein Grundstück sumpfig macht, in seinen Keller tritt, so gilt dies Alles als ein naturale loci vitium, der Schaden als casus, und ich bin als Eigenthümer in keiner Weise verantwortlich, noch etwa verpflichtet, Maßregeln zur Abwendung des Schadens zu treffen; l. 24 pr. D. 39, 2: „Quis enim dubitat, neminem esse a quo stipuletur (damni infecti), quum neminem nihil faciente locus ipse publicus damnum inferat sui natura?“ — §. 2 ibid.: „denique nemo dixit, palustris loci vel arenosi nomine, quasi vitiosi, committi stipulationem, quia naturale vitium est [108]).“

---

sondern in publico einen Brunnen gräbt; hier darf er dem Andern auch ein commodum nicht entziehen. l. 1 §. 11 D. 43, 8. Wird ein öffentlicher Brunnen gegraben, so muß der Privatvortheil nachstehen.

107) Holzschuher, Kasuistik II. B. 1. Abth. S. 84 Note 14 bemerkt, neben diesem dem Wasserrecht entnommenen Grundsatze seien auch die baurechtlichen Vorschriften in l. 13 D. 10, 1 zu berücksichtigen. — Diese letztern, besonders l. 13, haben in Deutschland keine Aufnahme gefunden. Vgl. meine Schrift: Die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn B. 2 S. 263. 288.

108) Denselben Grundsatz finden wir auch bei der aquae pluviae arcendae actio: „numquam competere hanc actionem, quum ipsius loci natura nocet; nam non aqua, sed loci natura nocet“ — l. 1 §. 14. l. 2 §. 6. l. 3 §. 1 D. 39, 3.

Sobald aber Grundwasser oder unterirdisch Wasser in Folge einer menschlichen Einwirkung, in Folge von Graben, oder von andern Arbeiten und Anlagen Schaden zu stiften beginnt, dann kommen die Grundsätze von der cautio damni infecti und von der Negatoria in Anwendung; mit der letztern begegnet der Nachbar, welcher den Schaden hat, der wirklichen immissio aquae, mit der erstern sichert er sich Schadensersatz, wenn zwar keine immissio aquae, aber doch der Causalexus zwischen seinem Schaden und der nachbarlichen Anlage (operis vitium) sich nachweisen läßt.

Das in unterirdischen Adern und Gängen stehende Wasser kann Gegenstand von Servituten werden. „Labeo ait, talem servitutem constitui posse, ut aquam quaerere et inventam ducere liceat;“ ferner: „si concedas mihi, jus tibi non esse in fundo tuo aquam quaerere, minuendae aquae meae gratia[109].“

§. 10.

VII. Quellen, Brunnen, Teiche, Seen, Lachen.

Unter einem ganz andern Gesichtspunkte, als das in freier Bewegung befindliche Regen- und Flußwasser und die unterirdischen Wasser, stellt sich in rechtlicher Beziehung das in Quellen, Brunnen, Teichen, Cisternen u. dergl. instehende Wasser dar, es mag von selbst zu Tage gekommen oder künstlich gehoben worden sein. Es wird als gefangen und als Theil des Grundstücks (portio fundi), auf welchem es steht, betrachtet. Der Grund und Boden, der es hält, bestimmt seine Eigenthumsqualität, ob es Privateigenthum oder öffentlich ist, ob es Einem ausschließlich oder Mehreren

109) l. 10 D. 8, 3. l. 15 D. 8, 1.

gemeinschaftlich gehört, und sein Abnehmen oder Wachsen ist für die Eigenthumsfrage gleichgültig, l. 11 pr. D. 43, 24: „Is, qui in puteum vicini aliquid effuderit, ut hoc facto aquam corrumperet, ait Labeo, interdicto quod vi aut clam eum teneri; portio enim agri videtur aqua viva, quemadmodum si quid operis in aqua fecisset." L. 4 §. 1 D. 10, 3: „De puteo, quaeritur, an communi divid. judicio agi poterit? et ait Mela, ita demum posse, si solum ejus commune sit." L. 24 §. 3 D. 39, 4: „Lacus, quum aut crescerent, aut decrescerent, nunquam neque accessionem neque decessionem in eos vicinis facere licet[110])."

Bei Miteigenthum an Wasser findet entweder eine bestimmte Benutzung desselben für die Zwecke des gemeinschaftlichen Besitzes statt, oder eine Theilung der Benutzung nach Maaß resp. Quoten, oder nach der Zeit (Stunden- bez. Tagweise)[111]).

Verschieden wieder von dem in Quellen, Brunnen, u. s. w. stehenden Wasser ist das daraus geschöpfte oder das in Wasserfässern, Wassertrögen aufgefangene Wasser; dies ist nicht mehr Theil des Grundstücks, sondern bildet ein selbstständiges Object nach Art der ruta caesa.

Von dem Wasser in Quellen, Brunnen, Teichen kann man dasselbe sagen, was die römischen Juristen von dem flumen privatum äußern: „nihil differt a ceteris locis privatis" und „quod fit in flumine privato, perinde est atque si alio loco privato fiat." Anmaßungen von Servituten an solchem Wasser und ähnlichen Eingriffen begegnet der Eigenthümer des Grundstücks mit der Negatoria, er kann

---

110) l. 12 pr. D. 41, 1. l. 69 D. 18, 1.
111) l. 19 §. 4 D. 10, 3.

Andere verhindern, Wasser zu schöpfen, zu fischen, schiffen, flößen, und hat überdieß gegen Störungen in seinem Besitze und Gebrauche des Wassers das interdictum uti possidetis[112]).

Auf der andern Seite ist der Eigenthümer auch für das Wasser, welches aus seinen Behältern in das Nachbargrundstück eindringt, resp. dort Schaden stiftet, verantwortlich, sofern nämlich diese stehenden Gewässer nicht von selbst sich gebildet haben (dann wäre ein naturale loci vitium vorhanden), sondern durch Menschenwerk gefördert und gesammelt worden sind, z. B. durch Bohren und Graben eines Brunnens, Ausmauerung einer Cisterne, Graben eines Teichbettes oder Aufwerfung von Dämmen. Er kann nach der Eigenthümlichkeit des Falles entweder mit der Negatoria belangt, oder es kann die cautio damni infecti von ihm gefordert werden. Die Analogie vom geleiteten Wasser bietet hier neben den allgemeinen Grundsätzen des Nachbarrechts genügenden Anhalt[113]). — Die Frage, wenn ein Teich oder See seinen Damm durchbricht und die tiefer liegenden Grundstücke beschädigt, ist lediglich nach den Grundsätzen der lex Aquilia, wenn eine Fahrlässigkeit im Mittel liegt, und der cautio damni infecti zu entscheiden. Im letzteren Falle haftet der Eigenthümer auch ohne eine nachzuweisende Fahrlässigkeit, wenn nicht der schadenbringende Durchbruch casu fortuito, vel qua alia ratione, quae vim habet divinam,

---

112) Elvers a. a. O. S. 419 ist im Irrthum, wenn er das Interdikt de fonte dem Quelleigenthümer gibt. Er hat die Worte „ab illo usus est“ übersehen; das Interdikt gebührt nur dem, der eine Servitut übt.

113) L. 24 pr. §. 2 D. 39, 2. l. 20 §. 1 D. 8, 3: „Servitus naturaliter, non manufacto opere, laedere potest fundum servientem, quemadmodum si imbri crescat aqua in rivo, vel aquae fons secundum rivum, vel in eo ipso inventus postea fuerit.“

bei gewöhnlichem Wasserstande verhindert wird, oder ist der Wasserstand an der Verbindungsstelle so gering, daß zwar Fische ein- und ausgehen, aber ein Befahren der Lache mit Kähnen, Flößen u. s. w. nicht möglich erscheint, so ist die Lache als Privateigenthum anzusehen, wenn sie auch ihren Zufluß vom Flusse aus empfängt[121]). Wird das Land oder der Damm oder die Sandbank, welche die Lache vom Flusse scheidet, vom Wasser durchbrochen, so ist der Eigenthümer befugt, die Scheidung durch Aufführung eines Dammes u. dergl. wieder herzustellen, das Eigenthum wird ihm durch diesen Einbruch nicht entzogen. Wie er befugt ist, die terra avulsa zeitig zu reclamiren, dem Einbruche des Stroms in sein Land zu begegnen, und sein Ufer wieder im früheren Zustande herzustellen, so ist er auch unzweifelhaft berechtigt, den eben erwähnten Schutzbau auszuführen, und die Verbindung der Lache mit dem Strome aufzuheben.

§. 11.

VIII. Das aus Quellen, Teichen u. s. w. abfließende Wasser.

Es ist schon erwähnt worden, daß alle Rechtslehrer fast einstimmig den Satz aufstellen, der Besitzer des niedriger gelegenen Grundstücks müsse den natürlichen Ablauf des Quellwassers von dem höheren Grundstück dulden. Sie be-

121) Diese Sätze folgen aus dem oben erläuterten Principe: disinere me possidere eum locum, quem flumen occupaverit, aus dem Begriff des flumen (quod fluit) und aus l. 1 §. 5 D. de fluminibus, endlich aus dem Gegensatze in l. 23 und 24 D. 7, 4. Das Merkmal, welches Funke und das Rechtslexicon angeben: „so lange diese Verbindung dauert, so daß das Wasser und mit ihm die Fische fortwährend aus dem Flusse in die Lache und zurücktreten können, so lange" — scheint mir nicht scharf genug gefaßt zu sein, und dem Begriff des flumen nicht hinreichend zu entsprechen.

rufen sich dabei sämmtlich auf l. 1 §. 13. 14. §. 22, 23 D. 39, 3, wozu l. 2 pr. ib. noch hinzugefügt werden könnte. Ich habe aber schon oben §. 8 nachzuweisen versucht, daß diese Stellen nur vom Regenwasser handeln und daß eine analoge Anwendung derselben auf Quellwasser weder der Natur der Sache entspricht, noch mit einer sorgfältigen Interpretation jener Stelle verträglich erscheint.

Unsere Frage wird hinsichtlich des Quellwassers in dem Corpus juris nicht behandelt; warum? — ist leicht erklärlich. Quell- und Flußwasser waren für die Römer zur Landwirthschaft, wie zum häuslichen Gebrauche ein sehr gesuchter und begehrter Gegenstand, es wurden dafür bedeutende Kaufpreise oder Zinse bezahlt. Eine Weigerung, Quellwasser aufzunehmen, wird also wohl nicht leicht vorgekommen sein; Object von Prozessen wurde eher die Benutzung des abfließenden Quellwassers, und darüber haben wir auch Entscheidungen in den Rechtsquellen. Wir müssen darum die vorliegende Frage aus den allgemeinen Grundsätzen vom Eigenthum im Verhältniß zu benachbarten Grundstücken zu beantworten versuchen.

Abfließendes Quellwasser erscheint entweder ohne bestimmtes Gerinne (Rinnsal, rivus), d. h. es verbreitet sich über einen größern Theil der Bodenfläche, und dringt in dieser Weise abwärts; es macht das Land sumpfig (locus palustris). Wenn in dieser Gestalt das Wasser auf das Nachbargrundstück eindringt und dort vielleicht Schaden stiftet, so hat der Nachbar deshalb weder eine Negatoria, noch kann er die cautio damni infecti fordern. „Denique nemo dixit, palustris loci vel arenosi nemine, quasi vitiosi, committi stipulationem, quia naturale vitium est" erklärt Labeo[122],

122) L. 24 §. 2 D. 39, 2.

und fügt an einer andern Stelle hinzu: „quum per se natura agri fuerit mutata, aequo animo unumquemque ferre debere, sive melior, sive deterior ejus conditio facta sit“ [123]). Wenn der Eigenthümer des fundus palustris aber durch Gräben, Röhren u. dergl. Vorrichtungen (opere manufacto) das Wasser ihm zuleiten resp. in erhöhter Menge ihm zuweisen wollte [124]), so läge eine aquae immissio vor, welcher der Nachbar mit der Negatoria begegnen kann. Eben so würde er, wenn Jener ein Werk oder eine Anlage machte, wodurch eine schädliche Einwirkung des Sumpfes auf sein Grundstück erzeugt oder wenigstens erhöht würde, selbst wenn keine immisso aquae vorliegt, cautio damni infecti fordern können [125]); falls aber durch die Anlage das Wasser, wenn der Sumpf durch Regen anschwillt, auf sein Grundstück gedrängt wird, wohin es vorher nicht abgeflossen, so steht ihm die aquae pluviae arcendae actio zu Gebote [126]).

Dem Nachbar eines sumpfigen Grundstücks ist dagegen nicht verwehrt, gegen den Uebertritt des Wassers oder gegen die Nachtheile desselben durch Vorkehrungen auf seinem Grund und Boden sich zu schützen. Es folgt dieser Rechtssatz von selber aus dem Wesen des Eigenthums, in welchem das Recht eingeschlossen liegt, das Seine gegen Gefahren von Außen zu schützen. Nach dem römischen Klagensystem giebt es auch keine Klage, welche der Eigenthümer des sumpfigen Grundstücks gegen den Nachbar erheben könnte. Dieser Um-

---

123) L. 2 §. 6 D. 39, 3.

124) Zu einem solchen educere oder derivare aquam auf ein fremdes Grundstück war eine Servitut erforderlich l. 29 D. 8, 3. l. 2 §. 10 D. 39, 3. l. 8 §. 5 D. 8, 5 — „ex superiore in inferiora non aquam, non quid aliud immitti licet.“

125) Vergl. §. 9 oben.

126) Vergl. §. 7 oben.

stand fällt um so schwerer in die Wagschaale, als die röm. Juristen die Entwickelung der Rechtssätze meist an bestimmte Klagen anknüpfen. Wir finden ferner eine Bestätigung dieses Rechtssatzes in l. 1 §. 2 D. 39, 3: „opus, quod quis fecit, ut aquam excluderet, quae exudante palude in agrum ejus refluere solet, si ea palus aqua pluvia ampliatur, eaque aqua repulsa eo opere agris vicini noceat, aquae pluviae actione cogitur tollere.“ Es ergiebt sich hieraus, daß Vorkehrungen zum Schutz gegen übertretendes Sumpfwasser erst dann Gegenstand der Klage werden, wenn bei der Anschwellung des Sumpfes durch Regenwasser dem Abflusse eine für andere Nachbarn nachtheilige Richtung gegeben wird. Ist diese Voraussetzung vorhanden, dann sind Vorkehrungen erlaubt, um den Uebertritt oder Eintritt des Sumpfwassers in unser Grundstück abzuwehren.

Hat sich aber abfließendes Quellwasser ein natürliches bestimmtes Gerinne (rivus) gebildet[127]), so ist bei der rechtlichen Beurtheilung desselben darauf zu sehen, ob dasselbe gleich von der Quelle ab so stark fließt, daß es einen Bach (oder Fluß) bildet, und ob es freien Lauf behält, oder ob dies nicht der Fall ist. Im erstern Falle ist das ablaufende Quellwasser als öffentlich zu betrachten. Die Römer verstehen unter flumen publicum jedes fließende Gewässer, das perenne ist und in Bett und Ufern fließt[128]). Wie weit bis zur Quelle aufwärts ein Gewässer öffentlich sei, wird

---

127) Endemann a. a. O. S. 11, 12: „es läge nahe, die öffentliche Qualität hier ebensowohl erst von dem Punkte an zu datiren, von dem an eine Benutzung der Wasserkraft möglich. — Alles dies wäre einfach und klar, wenn man von der Idee der Gemeingehörigkeit (soll heißen: Gemeingebrauch) des Wassers ausginge.“

128) Vergl. §. 1 u. 2 oben.

nirgends ausdrücklich bestimmt, es muß das also selbstverständlich aus der Natur der Sache sich ergeben, und wir können die Frage darum nicht anders als dahin beantworten: ein jedes fließendes Gewässer ist nach der Quelle hin so weit öffentlich, als sich ein bestimmtes Rinnsal, Bett und Ufer, wahrnehmen lassen, möglicher Weise also bis zur Quelle selber [129]). Der Abfluß der Quelle ist dann nach den Regeln von den öffentlichen Gewässern zu behandeln und selbst der Eigenthümer ist diesen unterworfen, so daß er den Wasserlauf zum Nachtheile Dritter nicht verändern, das Wasser nicht ableiten und verbrauchen darf.

Was die Quelle selbst anlangt, so ist diese Theil des Grundstücks, auf dem sie ausbricht. Der Eigenthümer kann demnach über das Quellwasser frei verfügen, er kann es fassen und zu seinen eigenen Zwecken verwenden, er kann es leiten und damit wässern, es in einen Teich ablassen, oder es Andern zur Leitung und Benutzung überlassen [130]). Thut er dies nicht und läßt er dem Quellwasser über sein Besitzthum hinaus freien Lauf, oder ist der Ausbruch des Wassers so stark, daß er ihn nicht bewältigen kann und hat sich der Ablauf ein festes Bett gebildet und mit einem öffentlichen Gewässer vereinigt, dann hat er die Herrschaft über den Ablauf aufgegeben, das Gewässer bildet ein flumen publicum, und sein Eigenthum an der Quelle erscheint insofern beschränkt, als er nichts damit beginnen darf, wodurch der Ablauf zum Nachtheile Anderer gehemmt, verändert oder vermindert wird. So lange jedoch noch Niemand vorhanden

---

129) Von der Ausnahme, welche bei einem ganz geringen Gewässer gemacht werden muß, siehe weiter unten.

130) L. 8. L. 9. 10 D. 39, 3. L. 4 D. 43, 20 c. 10. Cod. 3, 34.

ist, dessen Interesse verletzt wird, und in so weit Rechte Dritter nicht verletzt werden, kann auch der Eigenthümer den Wasserlauf ändern, das Wasser wieder zurückhalten u. s. w. Auch für diese Sätze können wir keine ausdrücklichen Gesetze anführen [131]), aber sie ergeben sich aus der Natur der Sache; denn wenn ein flumen publicum jedes Gewässer ist, quod perenne fluit, so sieht man keinen Grund ab, warum es auf dem Grundstück des Quellenbesitzers mit einem Male diese Qualität verlieren soll. Und wollte man dem Quelleninhaber ein unbeschränktes Verfügungsrecht als Eigenthümer einräumen, so wäre es möglich, daß vielen kleinen Bächen, die für Gemeinden und Mühlenbesitzer unentbehrlich sind, die Lebensader dadurch abgeschnitten würde, daß die Besitzer der Quellengrundstücke die Quellen in Teiche ableiteten, oder auf andere Weise ihren bisherigen Ablauf zerstörten.

Daß hier der Besitzer des niedriger gelegenen Grundstücks den Ablauf dulden muß, versteht sich ebenfalls von selber, denn sobald der Abfluß sich ein Bett geschaffen, gilt dies als öffentlich und der betreffende Grund und Boden ist seinem Eigenthum eo ipso entzogen [132]).

---

131) Indirekt können c. 6. 7. 10 Cod. 3, 34 benutzt werden. Vergl. §. 12 unten.

132) Vergl. §. 3 oben. — Bemerkenswerth ist die Glosse zum sächs. Landrecht c. 71 bei Zobel: „Wäre ein Spring eines Brunnens auf einem Acker; des Ackers Herr hätte den Spring und den Fluß des Springs in seinem Acker und möchte ihn fassen auf dem Acker und dazu aufteichen. Vor Schaden soll er aber bewahren seinen Nachbar l. 1 D. 43, 4. Wo aber das Wasser seinen Gang hingewinnt, und seinen natürlichen Fluß, den soll man nicht wehren. Wer ihm aber einen neuen Weg macht, der soll leiden solche Pön u. s. w. l. 1. Cod. 9, 38. Wenn aber das Wasser von dem meinen kommt, so ist es nimmer mein, wiewohl daß der Ursprung des Wassers mein ist.“

Der Abfluß einer Quelle kann indessen nicht als öffentlich betrachtet werden, sondern behält die privatrechtliche Natur der auf Privateigenthum befindlichen Quelle, wenn derselbe entweder so gering (aqua exigua) ist, daß er weder als Fluß oder Bach gelten kann, oder wenn er in künstlichen Gerinnen geleitet wird, oder wenn er in natürlichen Gerinnen fließend nicht in ein öffentliches Gewässer, sondern nach kurzem Laufe in einen Privatbehälter, einen Teich, einen Graben u. s. w. sich ergießt. — Die Oeffentlichkeit des flumen perenne und die Eigenschaft der aqua profluens als res communis omnium gründen sich auf den gemeinen Nutzen und die Nachhaltigkeit des Stoffes, weshalb eben nur ein flumen perenne auch publicum sein kann [133]); ein Gewässer aber, das so gering fließt, daß es solchen Nutzen nicht gewährt, welches so klein ist, daß daraus kaum geschöpft werden kann, hat für die Allgemeinheit kein Interesse und kann darum nicht von öffentlicher Bedeutung (publicum) sein. Es läßt sich vielleicht so unterscheiden: Fließende Gewässer mit Trag- und Triebkraft (Flüsse), ohne Tragkraft, aber doch mit Triebkraft (Bäche) — (beiderlei sind publica) —, endlich Gewässer ohne Trag- und Triebkraft (flumina privata [134])). Die aqua ducta [135]), sowie das in einen Privatteich oder einen andern Behälter abfließende Wasser ist

133) Vergl. §. 2 oben. Schwab a. a. O. S. 21 sagt: Es giebt eine Menge beständig fließender Quellen, deren Abfluß an sich noch keinen Fluß oder Bach bildet. Eben so Funke im Archiv f. civ. Prax. Bd. 12 S. 288 Note 4. S. 289.

134) Hier muß man gewöhnliche Verhältnisse annehmen. Durch außerordentliche Anstrengungen und künstliche Werke kann auch ein Gewässer von sehr geringem Gehalt dahin gebracht werden, daß es ein Werk treibt.

135) Die l. 1 §. 8 D. 43, 12 setzt schon ein vorhandenes flumen publicum voraus, fossa, per quam fluit flumen publicum.

nicht freies Wasser. Letzteres ist, obschon es läuft, analog der aqua ducta zu behandeln; seine Freiheit ist von kurzer Dauer, es eilt einer privatlichen Gefangenschaft, welche dem Verbrauche desselben gleich steht, entgegen[136]). (Flumina publica, quae fluunt, publica sunt.)

Den Abfluß eines solchen Quellwassers aufzunehmen, ist der tiefer gelegene Grundstücksnachbar nicht verbunden. Kam die Quelle von selbst zu Tage, so ist der Abfluß, wenn er Schaden bringt, als ein naturale loci vitium zu betrachten; der Eigenthümer der Quelle ist ebensowenig gehalten, Vorkehrungen zu treffen, um das Wasser vom Nachbargrundstück abzuhalten, als der Nachbar verpflichtet ist, das Wasser aufzunehmen, er kann durch allerhand Vorkehrungen dasselbe von seinem Grundstücke abwehren[137]). Es kommen hier dieselben Grundsätze in Anwendung, die vorher vom locus palustris entwickelt worden sind.

Wenn aber Quellwasser gesucht und künstlich (opere manufacto) zu Tage gefördert worden ist, so kann der Nach-

---

136) Es ist, wie Ovid sagt, gleich dem torrens, aqua brevis im Gegensatz zur aqua perennis des flumen publicum. Mit den hier gegebenen Regeln glaube ich indessen keineswegs die Frage nach allen Seiten hin erschöpft und eine für alle Fälle genügende Norm gegeben zu haben; das scheint mir nach der Natur des Gegenstands unmöglich. In vieler Beziehung bleibt der Vorwurf eine quaestio facti; das arbitrium judicis muß nachhelfen und hat dann nach Ulpian die magnitudo des Gewässers und die existimatio circumcolentium mit in Erwägung zu ziehen, im Ganzen also zu beachten, ob ein Gemeingebrauch möglich ist und ob Wasserbenutzungsinteressen Anderer schon erwachsen sind.

137) L. 2 §. 28 D. 43, 8: — Si quidem necesse habes, eam aquam recipere. Da bei Regenwasser regelmäßig solche Verpflichtung vorliegt, so kann diese Stelle wohl hauptsächlich von Quellwasser verstanden werden.

bar, wenn ihm durch den Abfluß Schaden zugefügt worden ist, die cautio damni infecti fordern, oder, wenn immissio aquae vorliegt, die Negatoria gegen den Quelleneigenthümer anstellen. Dies folgt aus allgemeinen Grundsätzen des Nachbarrechts [138]).

Bei den Servituten wird derselbe Grundsatz geltend gemacht: „Servitus naturaliter non manufacto opere, laedere potest fundum servientem, quemadmodum si imbre crescat aqua in rivo, aut ex agris in eum confluat, aut aqua fons secundum rivum aut in eo ipso inventus postea fuerit.“ L. 20 §. 1 D. 8, 3.

Die römischen Juristen unterscheiden hiernach sowohl bei den Servituten als auch bei dem Eigenthum in seinem Verhältniß zu den benachbarten Grundstücken: Das, was von Natur kommt (quod naturaliter fit — naturale loci vitium), von dem, was erst durch Menschenwerk erzeugt und zu Tage gefördert wird. Daß also die bei dem Regenwasser geltende Verpflichtung des tiefer gelegenen Grundstücks, das vom höhern natürlich abfließende Wasser aufzunehmen, nicht auch bei Wasser, welches künstlich zu Tage gefördert worden ist, Geltung haben kann, ist wohl keinem Zweifel unterworfen.

Hat aber der tiefer gelegene Grundeigenthümer den Abfluß einer Quelle durch sein Grundstück gehen lassen, so muß er diesen auch fernerhin dulden, wenn sich in dieser Hinsicht ein Herkommen gebildet oder der Ablauf seit unvordenklicher Zeit Statt gefunden hat, abgesehen von den Fällen, wo eine Servitut nachgewiesen werden kann [139]).

---

138) Vergl. §. 10 u. 11 oben.

139) Nach §. 12 werden durch Herkommen und vetustas Rechte der Anlieger am Abfluß der Quellen begründet. Es muß daher die Kehrseite der Sache nach gleichem Standpunkte beurtheilt werden können.

§. 12.

Wir kommen zu der Frage, unter welchen Bedingungen die Besitzer der tiefer gelegenen Grundstücke, welche abfließendes Quellwasser aufgenommen und auch für ihre Privatzwecke benutzt haben, ein Recht auf diesen Gebrauch des Wassers erlangen?

Hier ist zunächst zu unterscheiden, ob der Abfluß ein flumen publicum bildet, oder ob er unter den Gesichtspunkt eines Privatwassers fällt. Im ersten Falle ist die Frage nach den vom flumen publicum geltenden Rechtssätzen zu beantworten. In Betreff des zweiten Falles gehen die Ansichten der Rechtslehrer und Gerichtshöfe sehr auseinander. Meine Ansicht ist folgende. Daß der Eigenthümer der Quelle im Allgemeinen befugt ist, den Abfluß zurückzuhalten, in seinen Nutzen zu verwenden, nach anderer Richtung abzuleiten, ist unzweifelhaft. Eine Beschränkung dieses Rechts kann jedoch eintreten: 1) durch Vertrag, oder Erwerbung einer Servitut Seiten der unteren Grundstücksbesitzer. L. 10 Cod. 3, 34: „Si tibi servitutem aquae ducendae deberi praeses animadverterit, nec hanc te non utentem spatio temporis amisisse perspexerit, uti te iterum jure proprio providebit. Nam si hoc minime probetur, loco proprio facto opere dominus fundi continere aquam et facere, quominus ager tuus irrigari possit, non prohibetur [140]).

Diese Stelle verstehe ich so, daß die Wasserleitung nicht unmittelbar aus dem Quell [141]), sondern aus dessen Abfluß,

140) L. 2 §. 13 D. 43, 8: „Si quid in loco publico aedificavero, ut ea, quae ex meo ad te nullo jure defluebant, desinant fluere, interdicto me non teneri."

141) Hätte die Wasserleitung aus dem Quell selbst auf fremdem Grundstücke stattgefunden, so wäre doch die Rechtsfrage zu einfach gewesen, um ein kaiserlich Rescript hervorzurufen.

aber immer noch über des Quellbesitzers Grundstück Statt gefunden habe. Dahin leiten mich die Worte: loco proprio facto opere dominus fundi continere aquam — verglichen mit l. 1 §. 9 D. 43, 22: „coërcere aquam est continere, ne diffluat, ne dilabatur." Durch Verjährung kann eine Servitut hier nur dann erworben werden, wenn der Berechtigte Anlagen Behufs der Leitung des Wassers auf dem fundus serviens gemacht oder wenn er gegen die Vorenthaltung des Wassers durch den Eigenthümer der Quelle Einspruch erhoben und dieser sich dabei beruhiget hat[142].

2) Ein Gebrauchsrecht an einem solchen Quellenabfluß kann erworben werden durch Gewohnheit, wenn nämlich die Anlieger das abfließende Wasser in der Meinung, ein Recht darauf zu haben, eine geraume Zeit hindurch in bestimmter Weise benutzt und gebraucht haben, so daß ein örtliches Gewohnheitsrecht angenommen werden darf. — Ich entlehne diesen Satz aus l. 7 Cod. 3, 34 de servitutibus et aqua: „Si manifeste doceri possit, jus aquae ex vetere more atque observatione per certa loca profluentis utilitatem certis fundis irrigandi causa exhibere, procurator noster, ne quid contra veterem formam atque solemnem morem innovetur providebit." Diese Stelle hat verschiedene Auslegungen gefunden. Savigny[143]) bringt sie in Verbindung mit l. 4 Cod. de aquaeductu und behauptet, es sei von Ansprüchen einzelner Privatpersonen an eine öffentliche Wasserleitung die Rede; das zeige der procurator noster, der bei einer confessoria actio nichts zu thun habe, und der Ausdruck certis fundis; es sei also eine lex fugitiva. — Diese Interpretation er-

142) Kori im Archiv Bd. 18 S. 47.

143) System des h. röm. R. Bd. 4 S. 502.

scheint aber einigermaßen gesucht und gezwungen, wie die der l. 3 §. 4 D. 43, 20: „Ductus aquae, cujus origo memoriam excessit, jure constituti loco habetur“ — in welcher Savigny den ductus aquae von einer aqua publica verstanden wissen will[144]). Der procurator noster vertrat nicht nur in den kaiserlichen Provinzen zuweilen die Stelle des kaiserlichen Legaten oder praeses provinciae[145]) und hatte dann auch Jurisdiction in Privatstreitigkeiten (l. 23 §. 1 D. 49, 1 und c. 4 Cod. 9, 20), sondern er hatte auch in einigen andern Fällen judicandi potestatem, c. 1 Cod. 3, 13. Noch weniger aber liefern die Worte certis fundis einen Beweis für Savigny's Ansicht, während ihr offenbar theils der Ausdruck „aquae per certa loca profluentis,“ der niemals von einer öffentlichen oder andern Wasserleitung gebraucht wird und gebraucht werden kann, theils der Platz der fraglichen Stelle in einem Abschnitt, wo nur von Privatwasser die Rede ist und mit der Ueberschrift de servitutibus et aqua, entgegenstehen. — Funke versteht die c. 7 von einer durch Verjährung begründeten Servitut der Wasserleitung, weil der Titel des Codex de servitutibus meist von der servitus aquae ducendae handle, die Stelle selbst ein jus aquae (nämlich ducendae) voraussetze und in c. 1 ib. die vetus forma dadurch erklärt werde, „daß longa temporis consuetudo vicem servitutis abgebe.“ Gegen diese Auslegung läßt sich einwenden, daß die Ueberschrift des Titels nicht blos lautet: de servitutibus, sondern daß man ihr noch einen Zusatz „et aqua“ gegeben hat, sicher-

144) Eine Parallelstelle zur letztern, l. 26 D. 39, 3, widerspricht dieser Annahme, denn in dem Titel D. 39, 3 ist nur von der aqua pluvia und der privatrechtlichen aqua ducta die Rede.

145) Von diesem heißt es in l. 2 D. 50, 13: de usu aquae, de rivis novis inciviliter institutis doceri oportere, responsum est.

lich nicht, um blos eine Tautologie zu Tage zu fördern; die c. 7 spricht auch nicht von einem jus aquae ducendae, sondern von einem jus aquae per certa loca profluentis; das sind sehr verschiedene Dinge. In const. 2. 3. 4. 10. 12, wo vom Recht der Wasserleitung wirklich gehandelt wird, sind immer die Ausdrücke aquam ducere, aquaeductus u. s. w. gebraucht, auch von denselben Kaisern, von welchen die c. 7 abstammt, und an keiner Stelle, namentlich nicht in den tit. D. 43, 20, 21, 22 wird jemals das Wasser, welches Gegenstand des Wasserleitungsrechts ist, aqua profluens genannt. — Daß bei Gebäuden das „exstruere contra veterem formam" eine andere Bedeutung haben kann, als in unserer Stelle „ne quid contra veterem formam atque solennem morem innovetur" (daß nicht gegen die alte Weise und den herkömmlichen Gebrauch etwas geändert werde), wird wohl Niemand bezweifeln.

Kori (Archiv Bd. 18 S. 44) will in diesem Gesetz nur ein Verbot erblicken, den gewöhnlichen Wasserlauf zu verändern, und es soll der Gebrauch des Wassers zur Bewässerung der Grundstücke nicht in Frage kommen, weil nicht gesagt sei exhibuisse, sondern „exhibere." Allein das ganze Korpus juris zeigt uns, daß der Gebrauch des Präsens statt des Perfectum nichts Ungewöhnliches ist; auch hat Kori übersehen, daß von einem Recht am fließenden Wasser (jus aquae profluentis), welches im Wässern der Grundstücke seinen Ausdruck gefunden hat, die Rede ist. Günther, de jure aquarum sp. II §. 2 (Lips. 1826) nimmt unter Beziehung auf c. 5 Cod. de fundis rei priv. an, daß in const. 7 von einem fiskalischen Wasser die Rede sei. Jedoch für diese Ansicht spricht nichts, als daß in beiden Stellen der procurator noster erwähnt wird, dagegen spricht, daß in c. 5 befohlen wird, universum aquae mo-

tum, temporis praescriptione submota, ad pristinos meatus (i. e. fundorum rei privatae) revocari, während in der fraglichen c. 7 geordnet wird: **ne quid contra veterem formam innovetur.** Wenn wir die const. 7 ohne Zwang mit strenger Beachtung der einzelnen Worte interpretiren, so erhalten wir folgenden Fall: Es ist Privatwasser (von einem **flumen publicum** würden die Kaiser nicht in dieser Weise sprechen und die Bezugnahme auf **vetus mos atque observatio** wäre überflüssig) oder Wasser aus einer Privatquelle seit geraumer Zeit in einer bestimmten Richtung durch gewisse Grundstücke abgeflossen und es ist dies Gewässer benutzt worden, um diese Grundstücke zu bewässern. Vermuthlich hatte der Quellenbesitzer, oder auch einer der andern Anlieger eine Aenderung des Wasserlaufs oder sonst eine nachtheilige Disposition unternommen, die übrigen Anlieger behaupten dagegen, ein Recht auf den Wassergebrauch durch Herkommen und Gewohnheit erlangt zu haben, und die Kaiser entscheiden nun, es dürfe am Abflusse des Wassers gegen die alte Weise und den herkömmlichen Brauch nichts geändert werden. —

Ist nun nach dem älteren Rechte, wie wir es in den Pandekten finden, ein **jus aquae ducendae** nur bei Wasser aus einem öffentlichen Flusse, aus einer Privatquelle, einem Brunnen, oder aus einer Privatwasserleitung gebräuchlich[146]), so mochte Zweifel entstanden sein, ob an einer **aqua per certa loca profluens**, die das Grundstück des Quelleneigenthümers bereits verlassen hat und frei hinfließt, ein **jus aquae ducendae** nach strengem Rechte erworben werden konnte; dies

146) Paulus: **Servitus aquae ducendae vel hauriendae, nisi ex capite vel ex fonte constitui non potest; hodie tamen ex quocunque loco constitui solet, l. 9 D. 8, 3.** Man erwäge, daß die **const. 7** vom J. 286 ist.

entscheidet die const. 7 und sie enthält demnach eine durch das praktische Bedürfniß der Provinzen motivirte Erweiterung des bisherigen Rechts[147]).

Einen ähnlichen Fall, der in ähnlicher Weise entschieden wird, haben wir vor uns in c. 6 Cod. eod. tit.: „Praeses provinciae usu aquae, quam ex fonte tui juris profluere allegas, contra statutam consuetudinis formam carere te non permittat, quum sit durum et crudelitati proximum, ex tuis praediis aquae agmen ortum, sitientibus agris tuis, ad aliorum usum vicinorum injuria propagari.“ Der Eigenthümer der Quelle hat das Wasser nicht unmittelbar aus der Quelle benutzt, auch nicht geleitet, sondern erst den natürlichen Abfluß der Quelle[148]) zur Wässerung seiner Grundstücke (vielleicht lagen sie getrennt vom Quellengrundstücke) herkömmlich gebraucht. Es haben aber auch die andern Anlieger den Ablauf des Wassers benutzt[149]), und wollen den Quelleneigenthümer verhindern, das Wasser ihnen zu schmälern. Der Kaiser entscheidet: Du hast jedenfalls auf Grund des Herkommens, auch wenn Deine Nachbarn das Wasser benutzt haben, die Befugniß, Deine Grundstücke zu wässern, da es ohnehin unbillig wäre, wenn Deine Grundstücke, von denen das Wasser ausgeht, Noth leiden sollten. Die Worte „contra statutam consuetudinis formam“ als Nebenumstand des konkreten Falles, wie Funke will[150]), auf die Seite zu schieben, und den Nachdruck auf quum sit durum etc. zu legen und darin den Rechtssatz zu

147) Die c. 6. 7. 10. C. 3, 34, welche von aqua profluens sprechen, beziehen sich sämmtlich auf Provinzen.

148) „Profluere — aquae agmen ex tuis praediis ortum.“

149) „ad aliorum usum propagari.“

150) Archiv f. civ. Praxis Bd. 12 S. 294.

finden, halte ich nicht für richtig. Der Kaiser hat vielmehr die ersteren Worte in die Entscheidung als Rechtssatz aufgenommen und der Nachsatz enthält nur eine weitere Motivirung und Coloration der Entscheidung, wobei die Kaiser nicht immer sehr wählerisch und glücklich in der Wortfassung gewesen sind.

Wir gewinnen aus den beiden c. 6 und 7 also die Rechtssätze: An einem in einem natürlichen Gerinne abfließenden Quellwasser, das nicht als flumen publicum anzusehen, können die anliegenden Grundstücksbesitzer durch langjährige Gewohnheit ein Recht auf das Wasser erwerben, das ihnen in keiner Weise geschmälert und entzogen werden darf.

Gegen den Besitzer der Quelle kann ein Recht auf den Ablauf derselben in so weit geltend gemacht werden, als dieser nicht selber das Wasser herkömmlich benutzt und gebraucht hat.

Daß insbesondere bei diesen Konstitutionen unter vetus forma, mos solemnis, statuta consuetudinis forma, vetus observatio nicht, wie Viele meinen, eine wirkliche Verjährungszeit zu verstehen ist, sondern ein wahres Gewohnheitsrecht, darin bestärkt mich noch l. 17 §. 1 D. 39, 3: „non enim consuetudinis est, ut, qui aquam habeat, per lapidem stratum ducat. Illa autem, quae fere in consuetudine esse solent, ut per fistulas aqua ducatur, etiamsi nihil sit comprehensum in servitute constituenda, fieri possunt, ita tamen, ut etc.“ Auch hier handelt es sich um Ausübung eines Rechts an Wasser, und es wird dabei die blose Gewohnheit — keine Verjährung — als ein rechtswirkendes Moment angeführt. Von Funke wird noch gegen die hier verfochtene Ansicht geltend gemacht, daß in l. 2 §. 13 D. 43, 8 und in c. 10. Cod. 3, 34 Quellwasser vorausgesetzt werde, welches bereits abgelaufen sei, und daß demnach unbedingt und ohne Rücksicht

auf ein Zeitverhältniß gestattet werde, das Abfließen des auf seinem Grund und Boden entsprungenen Wassers zu verhindern. Allein dabei hat Funke übersehen, daß in der einen Stelle ausdrücklich gesagt wird, quae nullo jure ad te defluebant[151]), ein jus auf das Wasser kann aber nach meiner Ansicht eben (abgesehen von Verträgen und Servituten) durch den herkömmlichen usus desselben (consuetudo) erworben werden. In Betreff der zweiten Stelle erhellt ja klar, daß der Kläger sich nicht auf ein Gewohnheitsrecht, sondern auf den Erwerb einer wirklichen Servitut berufen, daß er das Wasser aus der aqua profluens über des Beklagten Grundstück geleitet, aber in der letzteren Zeit von seinem angeblichen Rechte keinen Gebrauch gemacht, und daß deshalb wahrscheinlich der Beklagte die Einrede des Verlusts durch non usus vorgeschützt hat. Ein Gewohnheitsrecht stand also gar nicht in Frage, und es schließt darum die kaiserliche Entscheidung die Möglichkeit eines solchen nicht aus[152]).

§. 13.

IX. Gemeingebrauch der Flüsse und Bäche und Sonderrechte.

A. Gemeingebrauch.

Die Grundsätze vom Gemeingebrauch der Flüsse und Bäche nach römischem Rechte zu entwickeln, hat darum einige Schwierigkeit, weil wir in diesem Punkte jene feine und vol-

151) l. 2 §. 13 D. 43, 8.

152) Daß die von mir vertheidigte Ansicht in der Praxis auch früher schon herrschend gewesen ist, scheint mir aus den älteren (namentlich den sächsischen) Proceßordnungen hervorzugehen, welche den Inhibitivprozeß unter Anderen gestatten, „wenn Jemand mit Wasserbrunnen oder Wasserläuften wider alt Herkommen Neuerungen gemacht hat. Vergl. Urtheil des O.-A.-G. Dresden im Wochenblatt f. merkw. Rechtsf. 1847 S. 268.

lendete Durchbildung des Rechts vermissen, welche die römischen Juristen den reinprivatrechtlichen Partieen haben zu Theil werden lassen. Die Verhältnisse gestalten sich hier verwickelter, und man kann nicht mit derselben scharfen Konsequenz operiren, welche wir sonst an den Entwickelungen der römischen Juristen bewundern. — Nach Anleitung der kurzen Andeutungen und Vorschriften, welche wir in den Quellen finden, soll hier der Versuch gemacht werden, die Principien vom Gemeingebrauch[153]) an Flüssen und Bächen übersichtlich zusammenzustellen:

1) Während der usus communis an der aqua profluens jure naturali jedem Menschen als solchem zusteht[154]), erscheint der Gemeingebrauch an Flüssen und Bächen jure gentium als ein Ausfluß des Staatsbürgerrechts (jus civitatis[155])); er steht jedem Bürger als solchem zu, der Gelegenheit hat, ihn zu üben, z. B. ein Schiff besitzt, um die Schifffahrt zu betreiben, ein Grundstück am Bache besitzt oder eine Ueberleitungsgerechtigkeit, um Wasser aus dem Bache zu leiten.

2) Der Gemeingebrauch besteht in der Benutzung der

---

153) Hierbei müssen die allgemeinen Regeln de loco publico in tit. D. 43, 7 u. 43, 8 herangezogen werden; die Interdikte de fluminibus enthalten nur das Spezielle und Individuelle, wie sich aus l. 2 §. 8, 9. l. 3 und 4 D. 43, 8 ergiebt. — Im Allgemeinen darf ein Jeder nur solche Handlungen vornehmen, welche mit dem Zwecke und der Bestimmung des Gegenstands vereinbar sind und Andere am ordnungsmäßigen Mitgebrauche nicht hindern. Rechtslex. Bd. X S. 235.

154) §. 1 Inst. 2, 1. l. 2 D. 1, 8.

155) L. 2 §. 2 D, 43, 8. l. 3 §. 4 vgl. mit l. 1 §. 17 D. 39, 1. Es giebt bei der aedificatio im Meere oder an der Küste keine operis novi nuntiatio, weil dadurch kein jus prohibendi (Eigenthum oder Servitut) und kein jus civitatis verletzt werden kann. Vgl. l. 1 §. 18 mit l. 5 §. 9 D. 39, 1.

Flüsse und Bäche, welche die Bürger eines Staats zunächst in ihrem Privatinteresse ausüben[156]). Dergleichen Nutzungen werden aber auch von Gemeinden[157]), bisweilen vom ganzen Volke oder vom Staate selbst im allgemeinen Interesse mittelbar oder unmittelbar ausgeübt[158]).

Schon bei den Römern kam es vor, daß sowohl der Staat, als auch Gemeinden gewisse Nutzungen an einzelnen zum Gemeingebrauch bestimmten Objekten zu Gunsten des Staats- oder Gemeindeärars verpachteten, und somit dem Gemeingebrauche der einzelnen Bürger entzogen[159]). Ferner läßt das in §. 2 oben erwähnte Beispiel von Tusculum uns annehmen, daß die Gemeinden innerhalb ihres Bezirks den Gemeingebrauch am fließenden Wasser durch Statut geregelt und der Willkür der Einzelnen gewisse Grenzen gezogen haben. In solchen Fällen muß das Recht des Einzelnen dem Gebrauche durch Staat oder Gemeinde nach demselben Princip nachstehen, nach welchem in diesen politischen Verbindungen überhaupt der Einzelne dem Gesammtwillen, das Privatinteresse dem Gesammtinteresse sich unterordnen muß.

In Deutschland kommen aus früherer Zeit ähnliche Erscheinungen vor, die aber aus faktischen Verhältnissen hervorgegangen sind, ich meine die Bannwasser und die zur

---

156) L. 2 §. 2 D. 43, 8 — loca enim publica utique privatorum usibus deserviunt." L. 2 §. 11. ib. — L. 42 pr. l. 45 §. 1 D. 3, 3. §. 2 Inst. 2, 1.

157) L. 1 §. 7 D. 43, 14.

158) L. 1 D. 43, 9. l. 13 §. 7 D. 47, 10. l. 4 D. 43, 8. l. 2 D. 43, 12.

159) L. 1 §. 7 D. 43, 14 nennt die Fischerei in öffentlichen Gewässern. L. 13 §. 7 D. 47, 10. Das Interdikt de loco publ. fruendo (D. 43, 9) dürfte hierher besser zu beziehen sein, als auf den ager publicus u. dergl. Bei diesem gab es genügende Rechtsmittel zum Schutz der Pächter, bei [illegible] publ. usui destinatis aber nicht.

Allemande gehörigen Gewässer[160]). Die ersteren bahnten wahrscheinlich den Weg zu den Regalien. Die Lehre eines allgemeinen Wasserregals, wie es von Vielen noch angenommen wird, dürfte ein in der Wissenschaft überwundener Standpunkt sein[161]). Unter Regalien können nur zufällige, dem Staate auf Grund historischer Thatsachen und Verhältnisse zustehende nutzbare Rechte an den fließenden Gewässern, die er entweder unmittelbar selbst ausübt, oder durch Privaten ausüben läßt, verstanden werden. Wo solche Regalien nicht auf die Landesgesetzgebung sich gründen, müssen sie auf das Herkommen gestützt und bewiesen werden[162]). Daß das Mühlen- und Fischereiregal an Flüssen in Deutschland die Natur gemeinrechtlicher Institute erhalten habe[163]), muß bezweifelt werden; eine Ueberstimmung der Verfassung und Gesetzgebung in den einzelnen deutschen Ländern bezüglich dieser Regalien läßt sich nicht nachweisen, und die zur Anlegung von Mühlen erforderliche Konzession dürfte in vielen Staaten eher aus dem Aufsichtsrecht und der Polizeihoheit des Staats abzuleiten sein, denn aus einem Regalitätsrechte. Ebensowenig läßt sich jene Behauptung auf eine gleichfömige Praxis, oder auf die übereinstimmende Ansicht der Rechtslehrer zurückführen.

Man darf endlich nicht außer Acht lassen, daß in Deutschland ein einheitliches Subjekt für den Gemeingebrauch, wie bei den Römern der populus Romanus, nicht vorhanden war. Die Zersplitterung des deutschen Volks in verschiedene Stäm-

---

160) Vergl. Börner im Archiv a. a. O. S. 181 Note 33. S. 363 Note 5.

161) Gerber, Deutsch. Privatr. §. 67 Note 4.

162) Schwab, Beilageheft zum Archiv f. civ. Prax. B. 30 S. 118—147.

163) Gerber a. a. O. §. 67. Vergl. dagegen §. 63 Note 10. §. 94 Note 2.

me, die Entwickelung der Gemeinden und Staaten aus den Markgenossenschaften und andere historische Thatsachen machen es erklärlich, daß der in den deutschen Rechtsquellen anerkannte Gemeingebrauch an fließenden Gewässern häufig lokalisirt, auf gewisse Bezirke (Marken, Gauen) mit Ausschluß Fremder eingeschränkt erscheint. Dadurch wird aber das Wesen desselben nicht verwischt oder ausgelöscht.

3) Der Gemeingebrauch begründet für den Einzelnen kein Vermögensrecht (jus proprium[164]), ist deshalb nicht Gegenstand der Veräußerung[165]), und unterliegt nicht der Verjährung, so daß weder der Gemeingebrauch durch Nichtgebrauch verloren geht, noch an den Objecten desselben eine erwerbende Verjährung Statt hat[166]).

4) Während die aqua profluens als res communis ein Gegenstand des natürlichen Rechts ist und darum des Schutzes durch ein besonderes Rechtsmittel entbehrt, werden die Flüsse und Bäche als res publicae bezeichnet[167]); sie gehören dem Volke, sind Theil des Staatsgebiets und unterfallen dem imperium des Volks, also der Gesetzgebung und der Aufsicht des Staats, in welchem sie fließen[168]).

---

164) L. 2 §. 1 D. 43, 1. l. 2 §. 2 D. 43, 8 — non quasi propria cujusque — l. 14 D. 47, 10.

165) L. 3 §. 3 D. 8, 3 — si quis haustum cesserit (ex flum. publico), nihil eum agere. Ein Vertrag, zu Gunsten eines Andern sich in bestimmter Art der Uebung des Gemeingebrauchs zu enthalten, dürfte giltig sein, l. 13 pr. D. 8, 4.

166) L. 2 D. 43, 8. l. 9 D. 41, 3. l. 45 ib. c. 6 Cod. 8, 11. Ausnahmen bilden die Sonderrechte, welche aber nicht das Objekt selbst umfassen, sondern nur einzelne Nutzungen daran.

167) §. 1. 2. Inst. 2, 1. l. 2. 4 D. 1, 8. Der Gegensatz wird in beiden Stellen durch sed und autem hervorgehoben. Vergl. noch l. 50 D. 41, 1 mit l. 1 §. 18 D. 39, 1 u. l. 2 §. 8 D. 43, 8 und oben Note 155.

168) L. 1 §. 1 D. 1, 8 — ipsius universitatis esse credun-

Aus diesem Grunde, bemerkt Elvers (a. a. O. S. 431), können Fremde von den Rechten des Gemeingebrauchs ausgeschlossen werden. Wenn dies nun auch im Allgemeinen, z. B. in Bezug auf Flößen, Fährenhalten, Fischerei, Entnehmen von Kies und Sand aus dem Flußbett u. dergl. richtig ist, so hat doch in Ansehung der Schifffahrt das jetzt geltende Völkerrecht andere Grundsätze aufgestellt[169]).

Der Gemeingebrauch kann durch die Gesetzgebung geregelt und geordnet, und durch die Staatsregierung im öffentlichen Interesse eingeschränkt, in gewisser Beziehung verboten, und durch öffentliche Maßregeln, z. B. Flußkorrektionen, Einzelnen ganz entzogen werden[170]). Da er kein Eigen-Recht ist, kann auch in allen diesen Fällen kein Anspruch auf Entschädigung erwachsen; nur der Weg der Beschwerdeführung bleibt offen.

5) Bei dem wirklichen Privatrechte, insbesondere bei dem Eigenthumsrechte gilt der Grundsatz: qui jure suo utitur, nemini facit injuriam. Innerhalb seiner Grenzen steht dem Eigenthümer die freie, ausschließliche Herrschaft zu und er hat sich um Andere bei der Ausübung seiner Rechte in der Regel nicht zu kümmern, auch wenn diese Nachtheile davon erleiden[171]). Anders verhält es sich mit dem Gemeingebrauch; hier gilt der Grundsatz, daß jeder Bürger glei-

---

tur, l. 3 pr. D. 43, 8. l. 2 D. 43, 12. Ein Beweis ist der Gebrauch von Popularklagen bei Flüssen.

169) Klüber, Oeffentl. Recht §. 563 ff. Weiske, Rechtslexikon Bd. 14 S. 138.

170) L. 2 D. 43, 12. l. 10 §. 2 D. 39, 3. l. 2 pr. D. 43, 8. Dem Gemeingebrauch (usus publicus) wird bisweilen der Staatsgebrauch (für das Volk im Ganzen) entgegengesetzt als usus publicus (l. 4 D. 43, 8. l. 17 D. 50, 16).

171) L. 24 §. 12. l. 25. l. 26 D. 39, 2. l. 2 §. 9, l. 21 D. 39, 3.

ches Recht, Einer so viel wie der Andere hat[172]), soweit nicht das Gesetz die eine Art des Gemeingebrauchs bevorzugt oder sonst Beschränkungen eingeführt hat. Daraus folgt die Regel: es darf ein Jeder nur insoweit und nur in der Art Flüsse und Bäche in seinem Privatinteresse benutzen, daß er nicht Andere dadurch in dem ihnen zustehenden Mitgebrauche beeinträchtigt, oder auf andere Weise Dritten einen Nachtheil zufügt. Dieser Grundsatz wird klar ausgesprochen in l. 1 D. 43, 7: „Cuilibet in publicum petere permittendum est id, quod ad usum omnium pertineat, ferner in l. 2 §. 2 D. 43, 8: „Loca publica utique privatorum usibus deserviunt, jure scilicet civitatis, non quasi propria cujusque; et tantum juris habemus ad obtinendum, quantum quilibet ex populo ad prohibendum habet; propter quod, si quod forte opus in publico fiet, quod ad privati damnum redundet, prohibitorio interdicto potest conveniri." — Damit stimmen überein l. 24 pr. D. 39, 2: „Fluminum publicorum communis est usus; in his igitur publice (i. e. jure civitatis) licet cuilibet aedificare et destruere, dum tamen hoc sine incommodo cujusquam fiat." — L. 17 D. 8, 3: „Item rescripserunt, aquam ita demum (ex flumine publico) permitti duci, si sine injuria alterius id fiat." l. 3 D. 43, 8: — „sed id concedendum non esse, si deterior litoris marisve usus eo modo futurus sit[173])."

172) L. 5 §. 15 D. 13, 6: „Usum autem balnei, porticus vel campi uniuscujusque in solidum esse, — neque enim minus me uti, quod et alius uteretur —."

173) Vergl. noch l. 3 §. 1 D. 43, 20. l. 2 §. 11. l. 4 D. 43, 8 und l. 42 pr. l. 45 §. 1 D. 3, 3: — „ut et privatum commodum defendant."

Den Grundsatz, welchen Kori im Archiv f. c. P. Bd. 18 S. 43 (und nach ihm Gerber, Deutsch. Priv. §. 61) aufgestellt hat, halte ich für zu eng gefaßt, die daraus abstrahirten Regeln für unrichtig und die Begründung derselben für verfehlt. Die Stellen, welche Kori citirt, sprechen von Regenwasser oder von Privatgewässern, und lassen keine Anwendung hier zu[174]; die Fragmente, welche er aus den Titeln de flum. public. anführt, enthalten bei genauer Ansicht Das nicht, was sie beweisen sollen[175].

6) Auf den Gebrauch der öffentlichen Gewässer beziehen sich folgende Interdikte (als Popularklagen)[176]: Zuerst in tit. D. 43, 12 ein prohibitorisches und ein restitutorisches Interdikt zum Schutze der Schifffahrt. Hier wird untersagt, im Flusse selbst oder am Ufer ein Werk oder eine Anlage zu machen, zu haben, oder Etwas hineinragen zu lassen (z. B. Bäume), wodurch die Schifffahrt oder Flöße, das Anlegen und Landen der Schiffe, die Benutzung des Leinpfads u. s. w. verhindert oder erschwert wird. Diese Interdikte betreffen nur Gewässer, auf denen Schifffahrt und

174) z. B. l. 1 §. 13. l. 2 pr. D. 39, 3 c. 7 Cod. 3, 34 und die Stellen in Note 23 S. 44. Insbesondere kann hier l. 26 D. 39, 2 nicht angewendet werden, sie steht im feindlichsten Gegensatze l. 2 §. 2 §. 5 §. 11 D. 43, 8.

175) Von l. 17 D. 8, 3 sagt Kori, sie spreche von einer fiskalischen Wasserleitung, wegen der Worte nisi plus datum sibi ostenderit. Die Erläuterung dieser Worte findet sich aber in l. 2 pr. D. 43, 8. l. 3 §. 4 D. 43, 24. l. 2 D. 43, 12. l. 18 §. 1 D. 39, 3; auch kann flum. publicum keine fiskal. Wasserleitung bedeuten.

176) Sie waren jedenfalls in einem Edikt zusammengefaßt l. 1 §. 12 D. 39, 1. l. 2 §. 1 D. 43, 1. Die Popularinterdikte dienten dazu, theils den Gemeingebrauch überhaupt aufrecht zu erhalten, theils um bestimmte Hindernisse und Nachtheile für den einzelnen Betheiligten in seinem besondern Interesse zu beseitigen. Vgl. l. 42 pr. l. 45 §. 1 D. 3, 3. l. 1 §. 17. l. 3 §. 4. l. 4 D. 39, 3.

Flöße geübt werden kann. Für die anderen, kleineren Flüsse und Bäche hat die röm. Doktrin ein interdictum utile eingeführt, welches Demjenigen zusteht, der Anlagen, Einrichtungen und Veränderungen im Gewässer oder an dessen Ufern beseitigt, die auf den Wasserweg und den Wasserlauf einen nachtheiligen Einfluß üben, und überhaupt Veranlassung geben können, ut flumen exarescat, vel aquae cursus impediatur [177]). Durch ein drittes Interdikt verbietet der Prätor [178]), in einem Flusse oder Bache oder am Ufer etwas vorzunehmen, oder hineinragen zu lassen, in Folge dessen das Wasser in anderer Weise fließen würde, als es im Sommer vorher geflossen ist. Dies Interdikt bezieht sich auf schiffbare und nicht schiffbare Gewässer, aber nicht auf Veränderungen quoad quantitatem aquae (Wassermenge, Wasserstand), sondern nur auf solche Anstalten, welche die Art und Weise (modum) des Wasserlaufs, oder die Richtung desselben, die Strömung (rigorem cursus aquae) berühren, also nur solche Unternehmungen am Wasserbett (Vertiefung oder Verengerungen desselben), durch welche der Lauf des Wassers reißender oder in anderer Weise für die Anwohner (accolae) gefahrbringender gemacht wird, oder durch welche die natürliche Strömung (naturalis cursus flum., naturalis rigor cursus fluminis) in Ansehung ihrer Richtung und ihres Andrangs nach den Ufern zum Nachtheile der Anwohner verändert wird [179]).

---

177) L. 1 §. 12 D. 43, 12.

178) tit. D. 43, 13.

179) In l. 1 §. 1 D. 43, 13 ist die Lesart excrescant unverständlich; die Erklärung, die Gothofred in den Noten giebt, ist geschraubt und unlateinisch. Die Lesart exarescant widerspricht dem §. 3 (non ad quantitatem aquae pertinet). Deshalb und in Rücksicht auf Labeo's Ausspruch in l. 1 §. 12 D. 43, 12, sowie in Betracht

Es ist also unbedingt verboten, dem Wasserbett überhaupt eine andere (neue) Richtung zum Nachtheile Anderer zu geben[180]), oder Veränderungen in dem bisherigen Wasserbett vorzunehmen, welche den Wasserlauf für die Anwohner gefahrbringender machen können. Anlagen und Veränderungen, welche dagegen den Gebrauch und den Nutzen des Wassers[181]) verringern oder erschweren können, soll derjenige, welcher davon berührt wird, **boni viri arbitratu** beseitigen dürfen. Unbedingt verboten sind sie nicht. — Die lediglich durch natürliche Vorgänge entstandenen Hindernisse und Hemmnisse des Wasserlaufs und Wassergebrauchs sind hierbei ganz außer Rücksicht gelassen, nur Menschenwerke (**opera manufacta**) kommen in Betracht. Die persönliche Verhinderung an Ausübung des Gemeingebrauchs wird als eine Verletzung des Staatsbürgerrechts, als persönliche Herabwürdigung angesehen und deshalb die Injurienklage zugelassen. Diese fällt natürlich weg, wenn eine solche Verhinderung von der Obrigkeit kraft ihres Amts aus polizeilichen Gründen u. s. w. verfügt wird[182]).

Alle diese Rechtsmittel erscheinen aber nicht auslangend, um einen vollständigen Schutz des Gemeingebrauchs an öffentlichen Gewässern zu sichern, namentlich in Fällen, wo zwischen den Ansprüchen Gleichberechtigter ein Zusammenstoß stattfindet. In solchen Fällen half die Praxis entweder mit in-

der ganzen Fassung scheint mir der §. 1 ein unächtes Einschiebsel zu sein.

180) c. 1 Cod. 7, 41: „**Quamvis fluminis naturalem cursum opere manufacto alio non licet avertere, tamen ripam suam adversus rapidi amnis impetum munire prohibitum non est.**“ Es ist zu unterscheiden zwischen **flumen avertere** — und **alveum mutare.**

181) Abgesehen von Schifffahrt und Flöße.

182) L. 2 §. 9 D. 43, 8. l. 13 §. 7 resp. §. 1. 2. 6 D. 47, 10.

auf ein Zeitverhältniß gestattet werde, das Abfließen des auf seinem Grund und Boden entsprungenen Wassers zu verhindern. Allein dabei hat Funke übersehen, daß in der einen Stelle ausdrücklich gesagt wird, quae nullo jure ad te defluebant[151]), ein jus auf das Wasser kann aber nach meiner Ansicht eben (abgesehen von Verträgen und Servituten) durch den herkömmlichen usus desselben (consuetudo) erworben werden. In Betreff der zweiten Stelle erhellt ja klar, daß der Kläger sich nicht auf ein Gewohnheitsrecht, sondern auf den Erwerb einer wirklichen Servitut berufen, daß er das Wasser aus der aqua profluens über des Beklagten Grundstück geleitet, aber in der letzteren Zeit von seinem angeblichen Rechte keinen Gebrauch gemacht, und daß deshalb wahrscheinlich der Beklagte die Einrede des Verlusts durch non usus vorgeschützt hat. Ein Gewohnheitsrecht stand also gar nicht in Frage, und es schließt darum die kaiserliche Entscheidung die Möglichkeit eines solchen nicht aus[152]).

§. 13.

IX. Gemeingebrauch der Flüsse und Bäche und Sonderrechte.

A. Gemeingebrauch.

Die Grundsätze vom Gemeingebrauch der Flüsse und Bäche nach römischem Rechte zu entwickeln, hat darum einige Schwierigkeit, weil wir in diesem Punkte jene feine und vol-

151) l. 2 §. 13 D. 43, 8.

152) Daß die von mir vertheidigte Ansicht in der Praxis auch früher schon herrschend gewesen ist, scheint mir aus den älteren (namentlich den sächsischen) Proceßordnungen hervorzugehen, welche den Inhibitivprozeß unter Anderen gestatten, „wenn Jemand mit Wasserbrunnen oder Wasserläuften wider alt Herkommen Neuerungen gemacht hat. Vergl. Urtheil des O.-A.-G. Dresden im Wochenblatt f. merkw. Rechtsf. 1847 S. 268.

lendete Durchbildung des Rechts vermissen, welche die römischen Juristen den reinprivatrechtlichen Partieen haben zu Theil werden lassen. Die Verhältnisse gestalten sich hier verwickelter, und man kann nicht mit derselben scharfen Konsequenz operiren, welche wir sonst an den Entwickelungen der römischen Juristen bewundern. — Nach Anleitung der kurzen Andeutungen und Vorschriften, welche wir in den Quellen finden, soll hier der Versuch gemacht werden, die Principien vom Gemeingebrauch [153]) an Flüssen und Bächen übersichtlich zusammenzustellen:

1) Während der usus communis an der aqua profluens jure naturali jedem Menschen als solchem zusteht [154]), erscheint der Gemeingebrauch an Flüssen und Bächen jure gentium als ein Ausfluß des Staatsbürgerrechts (jus civitatis [155])); er steht jedem Bürger als solchem zu, der Gelegenheit hat, ihn zu üben, z. B. ein Schiff besitzt, um die Schifffahrt zu betreiben, ein Grundstück am Bache besitzt oder eine Ueberleitungsgerechtigkeit, um Wasser aus dem Bache zu leiten.

2) Der Gemeingebrauch besteht in der Benutzung der

---

153) Hierbei müssen die allgemeinen Regeln de loco publico in tit. D. 43, 7 u. 43, 8 herangezogen werden; die Interdikte de fluminibus enthalten nur das Spezielle und Individuelle, wie sich aus l. 2 §. 8, 9. l. 3 und 4 D. 43, 8 ergiebt. — Im Allgemeinen darf ein Jeder nur solche Handlungen vornehmen, welche mit dem Zwecke und der Bestimmung des Gegenstands vereinbar sind und Andere am ordnungsmäßigen Mitgebrauche nicht hindern. Rechtslex. Bd. X S. 235.

154) §. 1 Inst. 2, 1. l. 2 D. 1, 8.

155) L. 2 §. 2 D, 43, 8. l. 3 §. 4 vgl. mit l. 1 §. 17 D. 39, 1. Es giebt bei der aedificatio im Meere oder an der Küste keine operis novi nuntiatio, weil dadurch kein jus prohibendi (Eigenthum oder Servitut) und kein jus civitatis verletzt werden kann. Vgl. l. 1 §. 18 mit l. 5 §. 9 D. 39, 1.

Flüsse und Bäche, welche die Bürger eines Staats zunächst in ihrem Privatinteresse ausüben[156]). Dergleichen Nutzungen werden aber auch von Gemeinden[157]), bisweilen vom ganzen Volke oder vom Staate selbst im allgemeinen Interesse mittelbar oder unmittelbar ausgeübt[158]).

Schon bei den Römern kam es vor, daß sowohl der Staat, als auch Gemeinden gewisse Nutzungen an einzelnen zum Gemeingebrauch bestimmten Objekten zu Gunsten des Staats- oder Gemeindeärars verpachteten, und somit dem Gemeingebrauche der einzelnen Bürger entzogen[159]). Ferner läßt das in §. 2 oben erwähnte Beispiel von Tusculum uns annehmen, daß die Gemeinden innerhalb ihres Bezirks den Gemeingebrauch am fließenden Wasser durch Statut geregelt und der Willkür der Einzelnen gewisse Grenzen gezogen haben. In solchen Fällen muß das Recht des Einzelnen dem Gebrauche durch Staat oder Gemeinde nach demselben Princip nachstehen, nach welchem in diesen politischen Verbindungen überhaupt der Einzelne dem Gesammtwillen, das Privatinteresse dem Gesammtinteresse sich unterordnen muß.

In Deutschland kommen aus früherer Zeit ähnliche Erscheinungen vor, die aber aus faktischen Verhältnissen hervorgegangen sind, ich meine die Bannwasser und die zur

---

156) L. 2 §. 2 D. 43, 8 — loca enim publica utique privatorum usibus deserviunt.“ L. 2 §. 11. ib. — L. 42 pr. l. 45 §. 1 D. 3, 3. §. 2 Inst. 2, 1.

157) L. 1 §. 7 D. 43, 14.

158) L. 1 D. 43, 9. l. 13 §. 7 D. 47, 10. l. 4 D. 43, 8. l. 2 D. 43, 12.

159) L. 1 §. 7 D. 43, 14 nennt die Fischerei in öffentlichen Gewässern. L. 13 §. 7 D. 47, 10. Das Interdikt de loco publ. fruendo (D. 43, 9) dürfte hierher besser zu beziehen sein, als auf den ager publicus u. dergl. Bei diesem gab es genügende Rechtsmittel zum Schutz der Pächter, bei den locis publ. usui destinatis aber nicht.

Allemande gehörigen Gewässer[160]). Die ersteren bahnten wahrscheinlich den Weg zu den **Regalien**. Die Lehre eines allgemeinen Wasserregals, wie es von Vielen noch angenommen wird, dürfte ein in der Wissenschaft überwundener Standpunkt sein[161]). Unter Regalien können nur zufällige, dem Staate auf Grund historischer Thatsachen und Verhältnisse zustehende nutzbare Rechte an den fließenden Gewässern, die er entweder unmittelbar selbst ausübt, oder durch Privaten ausüben läßt, verstanden werden. Wo solche Regalien nicht auf die Landesgesetzgebung sich gründen, müssen sie auf das Herkommen gestützt und bewiesen werden[162]). Daß das Mühlen- und Fischereiregal an Flüssen in Deutschland die Natur **gemeinrechtlicher** Institute erhalten habe[163]), muß bezweifelt werden; eine Uebereinstimmung der Verfassung und Gesetzgebung in den einzelnen deutschen Ländern bezüglich dieser Regalien läßt sich nicht nachweisen, und die zur Anlegung von Mühlen erforderliche Konzession dürfte in vielen Staaten eher aus dem Aufsichtsrecht und der Polizeihoheit des Staats abzuleiten sein, denn aus einem Regalitätsrechte. Ebensowenig läßt sich jene Behauptung auf eine gleichfömige Praxis, oder auf die übereinstimmende Ansicht der Rechtslehrer zurückführen.

Man darf endlich nicht außer Acht lassen, daß in Deutschland ein einheitliches Subjekt für den Gemeingebrauch, wie bei den Römern der populus Romanus, nicht vorhanden war. Die Zersplitterung des deutschen Volks in verschiedene Stäm-

---

160) Vergl. **Börner** im Archiv a. a. O. S. 181 Note 33. S. 363 Note 5.

161) **Gerber**, Deutsch. Privatr. §. 67 Note 4.

162) **Schwab**, Beilageheft zum Archiv f. civ. Prax. B. 30 S. 118—147.

163) **Gerber** a. a. O. §. 67. Vergl. dagegen §. 63 Note 10. §. 94 Note 2.

me, die Entwickelung der Gemeinden und Staaten aus den Markgenossenschaften und andere historische Thatsachen machen es erklärlich, daß der in den deutschen Rechtsquellen anerkannte Gemeingebrauch an fließenden Gewässern häufig lokalisirt, auf gewisse Bezirke (Marken, Gauen) mit Ausschluß Fremder eingeschränkt erscheint. Dadurch wird aber das Wesen desselben nicht verwischt oder ausgelöscht.

3) Der Gemeingebrauch begründet für den Einzelnen kein Vermögensrecht (jus proprium[164])), ist deshalb nicht Gegenstand der Veräußerung[165]), und unterliegt nicht der Verjährung, so daß weder der Gemeingebrauch durch Nichtgebrauch verloren geht, noch an den Objecten desselben eine erwerbende Verjährung Statt hat[166]).

4) Während die aqua profluens als res communis ein Gegenstand des natürlichen Rechts ist und darum des Schutzes durch ein besonderes Rechtsmittel entbehrt, werden die Flüsse und Bäche als res publicae bezeichnet[167]); sie gehören dem Volke, sind Theil des Staatsgebiets und unterfallen dem imperium des Volks, also der Gesetzgebung und der Aufsicht des Staats, in welchem sie fließen[168]).

---

164) L. 2 §. 1 D. 43, 1. l. 2 §. 2 D. 43, 8 — non quasi propria cujusque — l. 14 D. 47, 10.

165) L. 3 §. 3 D. 8, 3 — si quis haustum cesserit (ex flum. publico), nihil eum agere. Ein Vertrag, zu Gunsten eines Andern sich in bestimmter Art der Uebung des Gemeingebrauchs zu enthalten, dürfte giltig sein, l. 13 pr. D. 8, 4.

166) L. 2 D. 43, 8. l. 9 D. 41, 3. l. 45 ib. c. 6 Cod. 8, 11. Ausnahmen bilden die Sonderrechte, welche aber nicht das Objekt selbst umfassen, sondern nur einzelne Nutzungen daran.

167) §. 1. 2. Inst. 2, 1. l. 2. 4 D. 1, 8. Der Gegensatz wird in beiden Stellen durch sed und autem hervorgehoben. Vergl. noch l. 50 D. 41, 1 mit l. 1 §. 18 D. 39, 1 u. l. 2 §. 8 D. 43, 8 und oben Note 155.

168) L. 1 §. 1 D. 1, 8 — ipsius universitatis esse credun-

Aus diesem Grunde, bemerkt Elvers (a. a. O. S. 431), können Fremde von den Rechten des Gemeingebrauchs ausgeschlossen werden. Wenn dies nun auch im Allgemeinen, z. B. in Bezug auf Flößen, Fährenhalten, Fischerei, Entnehmen von Kies und Sand aus dem Flußbett u. dergl. richtig ist, so hat doch in Ansehung der Schifffahrt das jetzt geltende Völkerrecht andere Grundsätze aufgestellt[169]).

Der Gemeingebrauch kann durch die Gesetzgebung geregelt und geordnet, und durch die Staatsregierung im öffentlichen Interesse eingeschränkt, in gewisser Beziehung verboten, und durch öffentliche Maßregeln, z. B. Flußkorrektionen, Einzelnen ganz entzogen werden[170]). Da er kein Eigen-Recht ist, kann auch in allen diesen Fällen kein Anspruch auf Entschädigung erwachsen; nur der Weg der Beschwerdeführung bleibt offen.

5) Bei dem wirklichen Privatrechte, insbesondere bei dem Eigenthumsrechte gilt der Grundsatz: qui jure suo utitur, nemini facit injuriam. Innerhalb seiner Grenzen steht dem Eigenthümer die freie, ausschließliche Herrschaft zu und er hat sich um Andere bei der Ausübung seiner Rechte in der Regel nicht zu kümmern, auch wenn diese Nachtheile davon erleiden[171]). Anders verhält es sich mit dem Gemeingebrauch; hier gilt der Grundsatz, daß jeder Bürger glei-

---

tur, l. 3 pr. D. 43, 8. l. 2 D. 43, 12. Ein Beweis ist der Gebrauch von Popularklagen bei Flüssen.

169) Klüber, Oeffentl. Recht §. 563 ff. Weiske, Rechtslexikon Bd. 14 S. 138.

170) L. 2 D. 43, 12. l. 10 §. 2 D. 39, 3. l. 2 pr. D. 43, 8. Dem Gemeingebrauch (usus publicus) wird bisweilen der Staatsgebrauch (für das Volk im Ganzen) entgegengesetzt als usus publicus (l. 4 D. 43, 8. l. 17 D. 50, 16).

171) L. 24 §. 12. l. 25. l. 26 D. 39, 2. l. 2 §. 9, l. 21 D. 39, 3.

des Interdikts ne quid in loco publico[199]), welche analog bei dem Meere angewendet werden[200]), und darum auch bei Flüssen und Bächen brauchbar erscheinen, und auf den Inhalt des Interdikts quod vi aut clam zurückführen. Dieses wird dem Eigenthümer eines Brunnens gegeben, dem durch eine Immission das Wasser verdorben wird; demgemäß muß, wenn das Wasser eines öffentlichen Flusses verdorben wird, jedem dabei Betheiligten die Klage aus dem Interdikte erwachsen, da es ja auch bei einem opus in publico zugesichert wird[201]). — Dagegen halte ich eine Begründung jener Sätze auf l. 3 pr. D. 39, 3 (— si spurcam quis immittat) für ganz unsicher, weil hier offenbar von Privatwasser die Rede ist, und bei diesem andere Prinzipien in Frage kommen[202]), welche die Analogie verwehren.

C. Aus dem Rechte jedes Bürgers, die zum Gemeingebrauche bestimmten Objekte ihrem Zwecke und ihrer Bestimmung gemäß für sich zu benutzen und zu gebrauchen, fließt folgerichtig auch das Befugniß jedes Bürgers, diejenigen Handlungen und Anlagen an jenen Gegenständen vorzunehmen, welche erforderlich sind, um den Gemeingebrauch überhaupt zu erhalten, oder insonderheit seinen eigenen Gebrauch und Vortheil daran zu wahren. Dahin gehört z. B. die Besserung öffentlicher Wege, die Reinigung des Wasserbetts von Flüssen und Bächen[203]). Mit Recht sagt daher Ulpian in l. 24 pr. D. 39, 2: fluminum publicorum communis est usus — in his **igitur** publice licet cui-

199) L. 2 pr. §. 2. §. 11 vergl. mit §. 26. 23 D. 43, 8.

200) L. 2 §. 8 l. 3, 4 D. 43, 8.

201) L. 11 pr. l. 7 §. 8. l. 20 §. 5 D. 43, 24.

202) Z. B. die Grundsätze von Servituten, in l. 15 l. 20 §. 1. l. 29 D. 8, 3. l. 1 §. 17 §. 15 D. 43, 20.

203) L. 1 D. 43, 11. l. 1 §. 1 D. 43, 15.

libet aedificare et destruere, dum tamen sine incommodo cujusquam fiat[204]." Das publice licet deutet nicht etwa auf öffentliche Bauten, sondern — wie es einige Zeilen später heißt — auf opera, quaecunque privatim fiant, aber jure civitatis. Es versteht sich auch von selbst, daß nur solche Vorkehrungen und Anlagen in Flüssen und Bächen erlaubt sind, welche auf den Gebrauch des Wassers abzielen, z. B. Stauvorrichtungen zur Ableitung des Wassers (septa)[205]), Reinigung des Wasserbetts (tollere, demoliri, purgare, restituere) von Sand, Steinen, Schlamm und dergleichen Hindernissen eines geregelten Wasserlaufs[206]), oder welche die Gefahr des Wassers für die anliegenden Grundstücke abwehren sollen (Wasserschutzbauten)[207]). Hieraus sowohl, als aus dem usus publicus am Fluß und Flußbett überhaupt, folgt von selber, daß jedem Bürger erlaubt sein muß, Steine, Sand, Schlamm, Kies, Schilf u. dergl., auch dann, wenn solche nicht als Hindernisse, sondern als Nutzungen anzusehen sind, aus dem Flußbett zu entnehmen und für sich zu verbrauchen. Sicher kann hier angewendet werden, was in §. 5 Inst. 2, 1 vom Meere gesagt wird: proprietas autem litorum potest intelligi nullius esse, sed ejusdem juris, cujus et mare, et quae subjacet mari terra vel arena. — Alle diese Vorrichtungen sollen sine incommodo cujusquam geschehen, und dürfen weder die Schifffahrt hindern, noch den Wasserlauf zum Nachtheile für Andere ändern[208]).

---

204) L. 1 §. 12 D. 43, 12: — „Non autem omne coërcet Praetor, quod in flumine publ. ripave fit —" l. 1 §. 3 D. 43, 13: „non omnis ergo, qui immisit vel qui fecit, tenetur, sed —."

205) L. 1 §. 4. 5. D. 43, 21.

206) L. 1 §. 12 D. 43, 12.

207) L. 1 §. 1 D. 43, 15.

208) L. 24 pr. D. 39, 2. l. 1 §. 6. 7. D. 43, 13.

Von Kies und Sand behauptet Emminghaus in den Bl. für Rechtspflege in Thüringen Bd. 3 S. 374 ff., solche Ausnutzung könne von Mehreren ohne zu besorgende Störungen und Kollisionen nicht ausgeübt werden, und man würde sie deshalb mit Unrecht den gemeinen Nutzungen beizählen. — Dies Bedenken aber giebt offenbar keinen durchschlagenden Grund ab, von der allgemeinen Regel abzugehen; es liegt in der Natur des Gemeingebrauchs, daß sowohl die verschiedenen Arten desselben, als auch die gleichen Arten unter sich in Kollision kommen müssen. Dafür hat der Staat das Recht und die Pflicht, theils durch die Gesetzgebung, theils durch obrigkeitliche Entscheidung das Verhältniß zu regeln, und bei einer allgemeinen Gefahr den Gemeingebrauch polizeilich einzuschränken.

Noch weniger will mir die Ansicht von Elvers, Themis a. a. O. S. 438, zusagen, daß wie die Inseln und der alveus derelictus auch die Rohr- und Schilfwerbung im Flusse den Anliegern zuzusprechen sei, da in Rohr und Schilf, wie in Bäumen und Büschen, die ja alle partes fundi, das Flußbett selbst auftauche und jedes Gewächs gleichsam eine kleine Insel sei. — Diese Anschauung, noch dazu durch ein „gleichsam“ erst vermittelt, muß befremden. Rohr und Schilf bleiben Theile des Flußbetts, die Insel aber ist dem Charakter des Flußbett entwachsen, weil sie nicht mehr vom Wasser bedeckt und für den Gemeingebrauch entbehrlich wird. Ist nun das Flußbett res nullius und in usu publico, so müssen es alle darin befindlichen natürlichen Erzeugnisse sein, und diese Ansicht stimmt dann auch mit l. 24 pr. D. 39, 2 und l. 1 §. 12 D. 43, 12 vollkommen zusammen, während die Elvers'sche Meinung damit unvereinbar ist[209].

209) Insbesondere auch mit l. 65 §. 2 D. 41, 1; hiernach soll

D. In Ansehung der Fischerei gilt der Grundsatz res nullius fit occupantis, allein immerdar mit der Einschränkung, daß der Grundstücksbesitzer Jeden von dem Betreten seines Grundstücks, um zu fischen, abhalten kann. Da aber der Verkehr in und auf fließenden Gewässern als usus publicus freigegeben ist, so wird auch die Fischerei in denselben als jus omnibus commune bezeichnet. „Flumina autem omnia et portus publica sunt, ideoque jus piscandi omnibus commune est in portu fluminibusque[210].“

Die Fischerei als Gemeingebrauch des Wassers steht in dritter Linie; erfolgt die Ableitung des Wassers im öffentlichen Interesse oder auch zu Privatzwecken in erlaubter Weise, so kann wegen Schmälerung der Fischerei weder Klage, noch Entschädigungsanspruch erhoben werden. Auch in Deutschland muß die Fischerei in der Regel an jedem flum. publ. (Fluß und Bach) als für Jedermann erlaubt angesehen werden[211], und man kann nicht beistimmen, wenn z. B. Gerber (Deutsch. Priv. §. 94) behauptet, die Occupation von Fischen sei kein freies Recht der Persönlichkeit, sondern setze eine besondere Erlaubniß zu diesem Eigenthums-

---

die von Gewächsen gebildete (schwimmende) Insel publica sein, und mit l. 65 §. 4 ib. — si id, quod in publico innatum est, publicum est.

210) §. 2 Inst. 2, 1. Börner im Archiv a. a. O. S. 163. Ein besonderes Rechtsmittel zum Schutz der Fischerei finden wir nicht; es wird also bei Verhinderung daran die actio injuriarum in Anwendung kommen, l. 2 §. 9. D. 43, 8 l. 13 §. 7 D. 47, 10, oder nach Analogie der l. 1 §. 7. 8 D. 43, 14 ein interd. utile.

211) Sachsenspiegel II. 28. Kori im Archiv a. a. O. S. 46. 47. Die (historisch begründeten) Abweichungen und Ausnahmen hat der, welcher sie behauptet, zu beweisen, also der Fiskus, der Rittergutsbesitzer, welcher ein ausschließliches Fischrecht behauptet. — Der Schutz des Besitzstandes kann jedoch auf die Beweislast influiren.

erwerbe voraus. Denn das weitere Anführen: die Fischerei in öffentlichen Flüssen sei fast in ganz Deutschand ein regales Recht geworden, und sei in Privatgewässern ein Recht des Eigenthümers am Flußbett, stimmt nicht mit der Wirklichkeit [212]), soweit meine Nachforschungen reichen, überein, und wenn die behaupteten Verhältnisse hie und da bestehen, scheinen sie nicht auf einem klaren und sichern Rechtsbewußtsein zu beruhen, sondern mehr als jura singularia aufzutreten.

Ein allgemeines Wasserregal, aus dem die Fischerei als regales Recht, abgeleitet werden könnte, läßt sich — wie schon früher erwähnt wurde — mit gutem Grunde nicht aufrecht erhalten. Anderen historischen Vorgängen, die weder in allen deutschen Ländern, noch in einzelnen Staaten völlig gleichmäßig hervorgetreten sind, darf man eine solche Einwirkung auf das Recht, daß sie Ausnahmen vom gemeinen Rechte zur Regel umzubilden vermöchten, wohl nicht beimessen. Das Fischerei-Regal kann demnach weder als gemeinrechtliches Institut anerkannt, noch kann überhaupt nur eine Präsumtion für dasselbe als begründet angesehen werden. Es erkennen, abgesehen von dem Sachsenspiegel, noch eine große Anzahl Partikularrechte das Fischen in Flüssen als gemeines Recht an, so z. B. die Sachsen-Ernestinische Landesordnung von 1556 c. 79. 80. 81, die Fürstlich Hessen-Casselsche Wasser- und Fischordnung p. 40 und andere mehr [213]). Selbst wenn Flüsse als Staatseigenthum angesprochen oder anerkannt werden, hat dies nicht die Bedeutung,

---

212) Auf die Handbücher über particulares Privatrecht darf man sich nicht verlassen.

213) Steinacker, Braunschw. Privatr. §. 356. Die S.-Altenb. Fischordnung z. B. ist rein polizeilicher Natur, und betrachtet das Fischen in „gemeinen Wassern" als freie Befugniß jedes Unterthan.

daß dem Staate oder dem Landesherrn alle und jede Nutzung des Flusses eigenthümlich zustehe.

Sonderrechte kommen hier sehr häufig vor und beruhen auf Verjährung (Fischen in einem gewissen District ausschließlich seit rechtsverjährter Zeit), oder auf Verleihung Seiten der Landesherrn kraft hergebrachten Regals. Gemeindeobrigkeiten regelten das gemeine Recht des Fischens oft in der Weise, daß sie es in gewisse Districte nach Gütern vertheilten, oft auch wurde die Fischerei (als Gemeinberecht) von ihnen verpachtet[214]). — Bisweilen begegnet man auch einem Eigenthum an Fischwasser; dies ist als Sonderrecht aufzufassen, was sich auf Verjährung oder Verleihung stützt[215]).

§. 15.

B. Sonderrechte, jura propria.

Jeder Bürger hat die Befugniß, die zum allgemeinen Gebrauch bestimmten Grundstücke und anderen Gegenstände (Plätze, Wege, Flüsse, Bäche u. s. w.) nach Maßgabe ihrer Bestimmung und ihres Zweckes für sich zu benutzen, und diejenigen Vortheile von ihnen zu ziehen, welche mit ihrer Bestimmung vereinbar sind (z. B. **aditus, prospectus in publicum locum, stillicidium** u. dgl.). Ist jedoch eine gewisse Art der Benutzung solcher öffentlichen Sachen verboten, z. B. die Wasserleitung aus einem schiffbaren Flusse, aus einem öffentlichen Aquädukt, oder will er öffentliche Sachen zu seinen Privatzwecken in einer Weise gebrauchen, welche nicht in der Bestimmung der Sache an sich schon begründet[216])

---

214) Die Rechtsmittel der Fischpächter in öffentlichen Gewässern siehe in l. 1 D. 43, 9. l. 1 §. 7 D. 43, 14. l. 13 §. 7 D. 47, 10.

215) Siehe unten §. 15.

216) L. 18 §. 1 D. 39, 3. l. 2 D. 43, 7.

oder für den allgemeinen Gebrauch in gewisser Beziehung störend ist[217]), so bedarf er hierzu besonderer Erlaubniß. Eine solche Erlaubniß konnte bei den Römern in früherer Zeit nur durch einen Volksschluß (lex), später durch Senatusconsult, und unter den Kaisern nur durch kaiserliche Verleihung (concessio, permissus principis) erworben werden[218]). Das Recht, welches der Betheiligte hierdurch erlangt, ist nun nicht mehr ein allgemeines Bürgerrecht (jus civitatis), sondern gestaltet sich zu einem besonderen Ausnahmerecht, Sonderrecht, Eigenrecht, jus proprium[219]). In Hinsicht der Entstehung kommen diese Sonderrechte den Privilegien nahe, in Hinsicht ihres Inhalts haben sie Aehnlichkeit mit den Servituten[220]); wie diese dem Eigenthum, so stehen die jura propria dem usus publicus locorum publicorum gegenüber. In einzelnen Fällen ahmen sie die Bildung der superficies nach[221]); jederzeit aber haben sie einen gemischten, öffentlich-privatrechtlichen Charakter, dessen juristische Beurtheilung im Einzelfalle fast immer Schwierigkeiten darbietet.

Das Verhältniß der Sonderrechte zur allgemeinen Benutzung öffentlicher Sachen muß dabei immer fest im Auge behalten werden; sie sind Gegensätze und Beschränkungen des

---

217) L. 2 §. 17 D. 43, 8: — „Si tamen id obstet publico usui, debebit is, qui —, deponere.

218) L. 18 §. 1 D. 39, 3. l. 2 pr. §. 10. 16 D. 43, 8. l. 3. §. 4 D. 43, 24. l. 16 D. 1, 3. l. 14 §. 2 D. 8, 2.

219) L. 17 D. 8, 3. l. 14 D. 47, 10.

220) Rechtslexikon Bd. 10 S. 234. Elvers, Servitutenlehre S. 267—281. Doch geht dieser wohl zu weit, wenn er sagt, sie würden in Ansehung ihres Subjekts, ihrer Dauer und ihres Inhalts häufig wie Servituten behandelt.

221) L. 2 §. 17 D. 43, 8.

Gemeingebrauchs[222]), und wie die umfangreichste Servitut die bloße nuda proprietas niemals bedeutungslos machen kann, so vermögen auch die zahlreichsten und umfänglichsten Sonderrechte niemals die Publicität des Objekts und seine Bestimmung zum Gemeingebrauch ganz wirkungslos zu machen oder völlig zu vernichten. Aus dem oben angeführten Charakter der Sonderrechte erhellt auch, daß der, welcher ein solches Recht behauptet, den Beweis desselben führen muß, wenn er es nicht auf Landesgesetze gründen kann und soweit nicht der Besitzstand, wo ein solcher angenommen werden darf, eine Modifikation herbeiführt. Ihre Individualität soll in Folgendem noch näher dargestellt werden.

1) Bei den Römern beruhte die landesherrliche Verleihung von Sonderrechten auf dem Aufsichtsrechte der Regierung über die loca publica zur Sicherung und Erhaltung des Gemeingebrauchs (procuratio locor. publ.); finanzielle Rücksichten waren untergeordnet[223]). Dies ist auch heut' noch als Regel anzunehmen. Doch kommt daneben in Deutschland noch eine andere Art von Verleihung vor, indem die Regierungen vermöge der ihnen zustehenden Regalien gewisse Nutzungsrechte an Privaten zum Gebrauche überlassen (in Form von Belehnung, Konzession, Kauf, Schenkung, Erbpacht u. dergl.[224])). Hierbei wird jedoch nicht das Regal selbst, d. h. das Recht, aus welchem die einzelne Berechtigung hervorfließt, sondern nur die Uebung, die Ausnutzung des Rechts (welches dem Staate verbleibt) an den Privaten

222) Weil hier Jeder gleichberechtigt erscheint, dort Einer in bestimmter, begrenzter Weise ausschließlich berechtigt ist. Schwab nennt sie Ausnahmen von der Regel, Anomalieen S. 53. 54.

223) L. 2 §. 17 D. 43, 8. l. 3 §. 4 D. 43, 24. l. 16 D. 1, 3.

224) Gerber, Deutsch. Privatr. §. 67. Schwab, Beilageheft zum Archiv f. civ. Prax. Bd. 30 §. 43—50.

überlassen. Solche durch Verleihung von regalen Rechten begründete Gerechtigkeiten sind im Ganzen, wie andere Sonderrechte, zu beurtheilen, insbesondere unterliegen sie, obschon sie sich vom Staate herschreiben, dennoch allen den Vorschriften und Beschränkungen, welche die Staatsregierung kraft der Hoheitsrechte zu verfügen befugt ist[225]).

2) Sonderrechte sind entweder blos persönlich, d. h. sie sind nur für die Person des Berechtigten verliehen und erlöschen mit dessen Tode, oder sie sind dinglicher Natur, wenn sie für ein Grundstück verliehen und als Pertinenz desselben anzusehen sind[226]).

Ob ein Sonderecht als persönliches oder als dingliches Recht eingeräumt worden, darüber entscheidet zunächst der Inhalt der Verleihungs- (Konzessions-) Urkunde; im Zweifel sind dann die äußeren Thatsachen und Verhältnisse, unter denen das Recht gesucht und gewährt wurde, in Betracht zu ziehen, im Uebrigen die gewöhnlichen Grundsätze der juristischen Interpretation zu befolgen. Haltbare Präsumtionen lassen sich nicht nachweisen. Dieselben Regeln sind auch anzuwenden, wenn es sich um den Umfang des Rechts handelt[227]).

3) Was den Schutz der Sonderrechte anlangt, so vermissen wir bei den römischen Juristen eine abgeschlossene und ausgebildete Doktrin; es ist eine gewisse Unsicherheit, ein Schwanken der Ansichten über die zuständigen Rechtsmittel nicht zu verkennen. Eine Klage gegen die Gesammtheit des

225) Gerber a. a. O. §. 67. Schwab a. a. O. S. 79—83.

226) L. 1 §. 42—44 D. 43, 20.

227) Gerber, Deutsch. Privatr. §. 67 Note 12. Eine polizeiliche Regelung des Gemeingebrauchs durch die Gesetzgebung u. s. w. giebt den Einzelnen noch kein wirkliches jus proprium, was besonders hinsichtlich der Veräußerlichkeit von Bedeutung wird.

Volkes oder später gegen den Kaiser oder die kaiserlichen Beamten war nach der damaligen Verfassung nicht möglich, nur Bittgesuche (preces) waren gebräuchlich[228]). Gegen Dritte, welche die Ausübung des Rechts verhinderten, wurde von den Juristen eine Klage aus dem Civilrecht (eben so auch eine exceptio[229])) versagt; für einzelne Fälle finden wir prätorische Interdikte zugesichert[230]). Paulus spricht sich für das Interdictum uti possidetis aus, si maris jus proprium ad aliquem pertineat[231]); zumeist wird wohl eine (l. 12 pr. D. 11, 7 u. s. w.) interpellatio extra ordinem in Uebung gewesen sein. Nach einer konstanten Praxis können die Sonderrechte mit den gewöhnlichen possessorischen, wie petitorischen Rechtsmitteln gewahrt werden, und haben diese auch dem Staate gegenüber Statt[232]).

4) Sonderrechte können nach einer konstanten Praxis auch auf unvordenklichen Gebrauch oder Besitz gegründet werden. Die Auffassung derselben unter dem Gesichtspunkte von Privilegien, und ihre häufige Entstammung aus Regalitätsrechten sprechen für die Begründung dieses Satzes. Auch im römischen Rechte finden sich schon Anklänge einer solchen Doctrin. Nach l. 45 D. 41, 1 giebt es keine praescriptio longae possessionis ad obtinenda loca juris gentium publica, folglich auch keine darauf begründete civilrechtliche Klage oder Einrede. Dagegen soll doch nach l. 7 D.

---

228) L. 24 pr. D. 39, 2. Hesse, Rechtsverhältnisse Bd. 1 S. 133.

229) Eine Einrede gegen das Interdikt quod vi l. 3 §. 2—4 D. 43, 24.

230) L. 3 §. 4 D. 43, 21. l. 1 §. 38 D. 43, 20.

231) L. 14 D. 47, 10.

232) Gerber a. a. O. §. 67.

44, 3[233]) der langjährige Gebrauch, welchen Jemand an einer zum Gemeingebrauch bestimmten Sache innerhalb einer bestimmten örtlichen Grenze geübt hat, sofern er noch geübt wird, geschützt werden. Aehnliches finden wir über den Gebrauch des Meeres. Ulpian erklärt es in l. 13 §. 7 D. 47, 10 für einen widerrechtlichen Gebrauch und für Anmaßung, ut quis prohiberi possit, ante aedes meas, vel praetorium meum piscari. Paulus sagt in dem darauf folgenden Fragmente: „Sane si maris proprium jus ad aliquem pertineat, uti possidetis interdictum ei competit;" ein solches jus konnte aber nur durch Occupation und fortgesetzten Gebrauch erworben werden. Der Kaiser Leo endlich erklärt in der Nov. const. 56: haec etiam lex, quae maritimorum praedorium jus tollit, quae illorum dominum, si illic piscari volentes prohibent, injuriarum actioni subjecit, nobis non aequa statuere visa est und bestätigt das Recht, Andere vor seinem Landhause vom Fischen im Meere abzuhalten.

5) Die Sonderrechte (jura propria) am fließenden Wasser sind Vermögensrechte, und wenn sie dinglicher Natur sind, auch veräußerlich[234]). Sie sind überhaupt als wohlerworbene Rechte anzusehen, die durch öffentliche Maßnahmen oder im Wege der Gesetzgebung nicht ohne Entschädigung aufgehoben werden können[235]). Bei Beurtheilung derselben darf jedoch niemals außer Acht gelassen werden, daß sie an einem zum Gemeingebrauch bestimmten Ge-

---

233) „Si quisquam in fluminis diverticulo solus pluribus annis piscatus sit, alterum eodem jure uti prohibet."

234) L. 1 §. 43, 44 D. 43, 20: — „quod datur personis, neque ad alium dominum praediorum, neque ad heredem, vel qualemcumque successorem transit."

235) Rechtslexicon Bd. 14 S. 113.

genstande ertheilt und erworben worden sind, und hieraus ergeben sich folgende Regeln[236]: a) Das Sonderrecht am Flusse oder Bache kann de jure nur zu dem Zwecke und in dem Umfange, zu und in welchem es erworben worden, ausgeübt werden. Die Ableitung von Wasser auf eine Mühle umfaßt nicht ohne Weiteres ein Wässerungsrecht oder das Recht der Fischerei in dem abgeleiteten Wasser (als Sonderrecht); b) der Berechtigte kann keinen Gemeingebrauch wehren, der mit seinem Rechte noch vereinbar ist, und die Ausübung desselben nicht schmälert. Unter dieser Voraussetzung erscheint auch ein bisher nicht geübter Gemeingebrauch erlaubt[237]; c) der Inhaber eines Sonderrechts muß sich den verfassungsmäßig erlassenen allgemeinen Gesetzen und Verordnungen fügen, welche die Regierung kraft der Polizeigewalt oder eines andern Hoheitsrechts überhaupt oder insbesondere zu dem Zwecke erläßt, um den Gemeingebrauch am Wasser zu erhalten und zu regeln. Für die daraus etwa ihm hervorgehende Beschränkung des Wassergebrauchs kann er in der Regel Entschädigung nicht fordern.

6) Ueber die Entschädigungsfrage, wenn Mühlenbesitzer oder Inhaber von andern Triebwerken und Anlagen im Wasser durch den Betrieb der Schifffahrt oder Flöße oder durch Herstellungen und Arbeiten im Flusse oder an

---

236) Rechtslexikon a. a. O. S. 117. An dem Wasser selbst hat der Berechtigte weder Eigenthum, noch ein anderes derartiges Recht. Eine sonst allgemeine, jedem Andern mit und neben ihm zustehende Nutzung wird ihm ausschließlich eingeräumt, an die Stelle des Gesetzes oder der Verfassung tritt dabei ein Privatrechtstitel, und aus dem schwebenden Bürgerrechte wird ein unverletzliches Vermögensrecht. Sonst ändert sich nichts am Inhalte des Nutzungsrechts.

237) Schwab S. 107, 108, 158.

den Ufern beschädigt werden, dürften folgende Grundsätze aufzustellen sein [238]).

a) Der Staat, indem er eine Konzession ertheilt, oder ein regalisches Recht verleiht, und der Staat, indem er (an Stelle der Staatsbürger) einen Gemeingebrauch am Flusse ausübt, oder polizeiliche resp. staatswirthschaftliche Maßregeln daran ausführen läßt, z. B. Uferbauten, Korrektionen, repräsentirt gewissermaßen zwei verschiedene Individualitäten. Aus dem Wesen der Hoheitsrechte und ihren Zwecken einerseits, aus der Entstehung der Regalien und ihrer zufälligen Verbindung mit dem Staatsoberhaupte andernseits ergiebt sich, daß die Ausübung des Konzessionsrechts der Regierung nicht die Hand bindet in Ansehung ihrer übrigen Befugnisse und resp. Verpflichtungen (Hoheitsrechte). Die beregte Entschädigungsfrage kann darum nicht nach privatrechtlichen Grundsätzen über Vertragsverhältnisse, insbesondere aber auch nicht nach Analogie des Verhältnisses zwischen Eigenthümer und Servitutberechtigten u. dergl. behandelt und gelöst werden. Auch der Besitzstand kann hier für die Entscheidung der Frage keinen Ausschlag geben [239]).

b) Die erste Unterlage bildet der Satz: Wie das Ufer am Flusse, obschon es im Eigenthum des Besitzers des angrenzenden Landes steht, öffentlich ist, d. h. dem Gemeingebrauch unterworfen, soweit dies die gemeine Benutzung des Flusses erheischt, so müssen auch Anlagen, die im Flusse

---

238) Vergl. Hofacker, Das Floßregal, insbesondere in Würtemberg. 1844. Schwab a. a. O. S. 79—85, S. 172 ff. Gerber, Deutsch. Priv. §. 63. Hier überall wird viel mit allgemeinen Prinzipien argumentirt; ich will versuchen, die Frage mehr auf positive Sätze zurückzuführen.

239) Hierin scheint mir Hofacker bei seinen Deduktionen fehl zu gehen.

oder am Ufer des Flusses erbaut sind, obschon Eigenthum des Berechtigten (Müller u. s. w.), doch dem usus publicus in gleicher Bedeutung, wie die Ufer, unterliegen[240]. Die zweite Unterlage bildet die Rechtsregel, daß jeder, welcher in Ausübung oder Erhaltung eines Rechts auf dem Seinigen, oder auf fremdem Eigenthum, oder auf öffentlichem Grund und Boden (in einem öffentlichen Flusse) Arbeiten und Anlagen unternimmt, allezeit in Folge der cautio damni infecti oder auf Grund der actio ex leg. Aquilia (wenn eine imputable Schuld vorliegt) den Schaden ersetzen muß, welchen er dem Eigenthume oder einem ähnlichen Rechte eines Andern zufügt[241]. Dieser Grundsatz gilt auch, wenn dergleichen Unternehmungen von Staats- oder Obrigkeitswegen (publice, publica auctoritate) im öffentlichen Interesse ausgeführt werden, und die formelle Modifikation desselben, welche in der römischen Staatsverfassung ihren Grund hat, ist heut' zu Tage in Wegfall gekommen[242].

c) Aus diesen Sätzen nun ergeben sich folgende Regeln:

α) Der Inhaber von Anlagen im Flusse kann keine Entschädigung fordern, wenn durch den regelrechten Betrieb

---

240) L. 1 §. 5 D. 1, 8. §. 4 Inst. 2, 1. l. 30 §. 1 D. 41, 1. Sächs. Landrecht II, 28. — L. 15. l. 65 §. 1, 4 D. 41, 1 — „id quod in publicum innatum et aedificatum est, publicum est." Vergl. l. 50 D. 41, 1. l. 3, 4 D. 43, 8 und unten §. 16.

241) L. 19 §. 1. l. 30. l. 15 §. 3 §. 10. l. 24 pr. D. 39, 2. Vgl. noch weitere Stellen bei Hesse, Rechtsverhältnisse Bd. 1 S. 5 ff.

242) „Si quis locus publicus publice reficiatur, de damno inf. non esse cavendum. Si quid vitio loci aut operis fiat, certe legem dandam operis talem, ne quid noceat vicinis, damnive detur." — Quid ergo, si publice opus fiat, de vitio ejus, quid faciemus? Et plane vel princeps adeundus est, vel si in provincia fiat, Praeses provinciae." L. 15 §. 10 D. l. 24 pr. D. 39, 2. Hesse a. a. O. Bd. 2 S. 135 ff.

der Flöße oder Schifffahrt seinen Anlagen Nachtheile zugefügt werden oder die Benutzung derselben zuweilen gestört wird, ohne Unterschied, ob die Schifffahrt und Flöße vor Errichtung der Anlagen geübt worden oder erst später in Uebung gekommen ist. — Ebenso kann der Uferbesitzer für die Nachtheile, die durch das Betreten des Ufers, Anbinden der Flöße, Entleeren der Fischernetze (onus aliquid reponere) u. dergl. ihm zugefügt werden, und für die Störungen der Benutzung des Ufers (z. B. wenn er eine Bleiche daselbst hat) keine Entschädigung beanspruchen.

β) Macht sich wegen der Schifffahrt und Flöße eine Abänderung der Anlagen nothwendig, so hat diese der Müller u. s. w. aus eignen Mitteln zu bewerkstelligen, wenn Schifffahrt und Flöße hergebracht sind. Er konnte und mußte sich vorsehen bei Einrichtung der Anlagen, und hat er hier gefehlt, läßt sich ihm selber der Nachtheil, den er erleidet, zurechnen, so ist auf ihn der Satz anzuwenden: quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire. War Schifffahrt und Flöße bei Gründung der Anlage nicht in Uebung, so ist er für die Kosten der Abänderung zu entschädigen, wofern nicht Umstände nachzuweisen sind, welche die spätere Uebung voraussehen ließen oder überhaupt eine Zurechnung auf Seiten des Müllers zu begründen geeignet sind[243]).

γ) Arbeiten und Vorkehrungen im Flußbett und am Ufer zur Vorbereitung oder Erhaltung einer neuen oder hergebrachten Wasserbenutzung, zur Regelung des Wassergebrauchs

243) L. 11 pr. — est, quod ei imputetur, l. 28 D. 9, 2. — „Haec actio ex causa danda est, i. e. si neque scierit, aut providere potuerit; et multa hujusmodi deprehenduntur, quibus summovetur petitor, si evitare periculum (damnum) potuerit."

sind Ausflüsse des usus publicus am Wasser und unter gleichem Gesichtspunkte, wie dieser, zu beurtheilen[244]). Wenn hierbei die Anlagen des Müllers zeitweis benutzt werden müssen, oder deren Benutzung vorübergehend gestört wird, kann der Müller Entschädigung nicht beanspruchen[245]).

d) Wenn durch die vorerwähnten Herstellungen und Vorkehrungen aber Abänderungen der Anlagen sich nothwendig machen, oder durch diese oder andere Maßregeln die Anlagen des Müllers beschädigt werden, so hat der Müller u. s. w. ein Recht auf Entschädigung, selbst wenn jene im öffentlichen Interesse, zur Beförderung des gemeinen Nutzens oder zur Abwehr einer allgemeinen Gefahr unternommen werden[246]). Eine Ausnahme läßt sich nur aus l. 49 §. 1 D. 9, 2 und l. 7 §. 4 D. 43, 24 ableiten für den Fall, daß dringende Wassersnoth nicht anders, als durch Beschädigung der fraglichen Anlagen beseitigt werden könnte.

7) Sonderrechte, durch welche bereits bestehende Sonderrechte oder andere wohlerworbene Rechte Dritter verletzt werden, dürfen nicht ertheilt werden[247]). Bei der Kollision der Sonderrechte hat das ältere in seinem rechtlichen Umfange den Vorzug[248]); hier tritt der privatrechtliche Charakter der

---

244) Vergl. oben §. 14 C.

245) Dies gilt insbesondere, wenn bei Feuerunglück ihm das Wasser auf Zeit ganz entzogen werden sollte. L. 43 D. 11, 7 — propter utilitatem publicam strictam rationem insuper habemus.

246) Schwab trifft hier über das Ziel hinaus. Aus der staatsrechtlichen Befugniß, eine Maßregel, ein Unternehmen auszuführen, folgt wohl die staatsrechtliche Pflicht der Privaten, sich einen nothwendigen Eingriff in ihre Privatrechte gefallen zu lassen, nicht aber der Satz, daß dies ohne Entschädigung geschehen müsse.

247) L. 2 §. 10 §. 16 D. 43, 8. Eine solche Verleihung wird nach diesen Stellen niemals vermuthet; vergl. noch l. 17 in fine D. 8, 3.

248) Heimbach, Rechtslexicon Bd. 8 S. 497. Für diese Ansicht spricht auch die Behandlung des Falles in l. 14 D. 47, 10.

Sonderrechte in den Vordergrund. Bei einer Kollision eines Sonderrechts mit dem Gemeingebrauch des Wassers (z. B. des Mühlenbetriebs mit der Wiesenbewässerung) muß der letztere, insoweit er dem rechtsbegründeten Umfange des Ersteren Eintrag thut, nachstehen[249]). Ist dies Letztere nicht der Fall, oder der Umfang des Rechts zweifelhaft, so ist durch richterlichen Ausspruch eine Vereinigung beider Aussprüche in billiger Weise herbeizuführen[250]). Ein nutzloser, chikanöser Wassergebrauch ist niemals gestattet[251]).

8) Der Verlust des Sonderrechts am fließenden Wasser kann, abgesehen von den bekannten Gründen, aus welchen Privilegien erlöschen, nach meinem Dafürhalten auch erfolgen durch Nichtgebrauch innerhalb zehn Jahre. Diese Ansicht finde ich gerechtfertigt durch die Bestimmung der fließenden Gewässer zum Gemeingebrauch, welcher zwar durch das Sonderrecht beschränkt wird, aber nur insoweit, als dessen Uebung erfordert. Der gemeine Nutzen ist hier ein Moment, das höher zu halten, als die Willkür des Berechtigten, welcher durch Nichtausübung seines Rechts thatsächlich zu erkennen giebt, daß dasselbe kein Interesse für ihn habe. Wenn die Servituten durch bloßen Nichtgebrauch erlöschen, so kann man hierbei nur die Idee durchblicken sehen, daß die Freiheit des Eigenthums gegenüber ihrer Beschränkung durch die Servitut von selber wieder aufleben soll, sobald der Servitutberechtigte thatsächlich hinreichend bewiesen hat, daß die Beschränkung das Interesse für ihn verloren habe. Wir haben ferner oben (Note 233) erörtert, daß die Römer ein jus

---

249) Heimbach, Rechtslex. Bd. 14 S. 197. Außer dem hier angeführten Grunde darf noch die Praxis geltend gemacht werden.

250) L. 2 D. 50, 13. Gerber a. a. D. §. 61.

251) Hesse, Rechtsverhältnisse Bd. 2 S. 226 ff.

proprium, welches durch ausschließlichen Gebrauch pluribus annis erworben worden, nur so lange schützen, als es in thatsächlicher Uebung besteht, wir finden endlich die Vorschrift, daß ein auf Verleihung beruhendes Privilegium durch Nichtgebrauch in 10 Jahren erlöschen soll[252]). Aus diesem Allen glaube ich den Schluß ziehen zu dürfen, daß Sonderrechte durch Nichtübung erlöschen; denn der gemeine Nutzen an dem fließenden Gewässer ist offenbar noch höher zu stellen, als die Freiheit des Eigenthums.

§. 16.

X. Anlagen und dauernde Vorrichtungen im Flußbett oder am Ufer, Reinigung und Erhaltung des Wasserbetts.

A. Anlagen Behufs der Wasserbenutzung.

1) Solche Anlagen waren nach römischem Rechte wegen des usus publicus der fließenden Gewässer jedem Staatsbürger gestattet[253]).

Die Fürsorge, daß nicht Anlagen errichtet und überhaupt nicht Dinge unternommen wurden, welche den Gemeingebrauch hemmen oder stören mochten, war dem Volke überlassen[254]); zu dem Zwecke sind die Interdikte in tit. D. 43, 12 und 43, 13 vom Prätor aufgestellt. Wenn die Art des Wassergebrauchs, für welche die Anlage gemacht wird, eine besondere Erlaubniß voraussetzt, darf selbstverständlich auch die Anlage ohne solche Erlaubniß nicht begonnen werden.

Nach den Principien des modernen Staatsrechts übt

---

252) L. 1 D. 50, 11. Die Stellen des canonischen Rechts über Erlöschen der Zehntfreiheit passen nicht hierher.

253) L. 24 pr. D. 39, 2. l. 1 §. 1 D. 43, 15. l. 1 §. 4. 5 D. 43, 21. Vergl. oben §. 14 unter C.

254) Unter den Kaisern aber bildete sich eine obrigkeitliche procuratio locorum publicorum aus.

jetzt die Staatsregierung diese Fürsorge und eine tiefeingreifende Aufsicht über Flüsse und Bäche aus, und es wird darum zu solchen Anlagen jetzt in der Regel obrigkeitliche Genehmigung erfordert. Jene Interdicte haben jedoch immer noch insofern praktische Gültigkeit, als darauf von Demjenigen, dessen rechtliches Interesse durch solche unerlaubte Anlagen verletzt wird, eine Klage gegen den Unternehmer gebaut werden kann.

Wenn der Inhaber solcher Anlagen dieselben nicht genügend in Stand erhält und darum den Nachbarn Schaden droht, so giebt es gemeinrechtlich eine direkte Klage auf Herstellung derselben nur auf Grund besonderer Rechtstitel (Vertrag, Konzessionsertheilung u. dgl.), sonst aber steht dem Bedrohten nur der Anspruch auf cautio damni infecti zu[255]).

2) Eine andere Frage entsteht über das Rechtsverhältniß in Betreff solcher Anlagen. Man hat diese Frage dahin beantwortet, daß der Unternehmer resp. Nachfolger im Rechte ein dingliches Recht an diesen Anlagen (Mühlendämmen, Wehren, Stauvorrichtungen u. dergl.) habe, wie ihm solches an dem Flusse selbst zustehe. Die Ansicht, daß ein dominium utile daran statt habe, wird verworfen, weil sie auf die ältere Theorie vom regale fluminum als dem Eigenthumsrechte des Staats und auf die Verleihung des Regals in Form der Belehnung gebaut sei und mit jener Theorie fallen müsse[256]). — Endemann a. a. O. S. 15 meint, auch diese Anlagen seien als öffentliche Sachen anzusehen, weil sie der staatlichen Oberaufsicht unterworfen. — Beide Ansichten halte ich nicht für richtig. Was von Privaten errichtet

---

255) Vergl. §. 16 letzte Note.

256) Rechtslexikon Bd. XIV S. 151.

wird und nur Privatzwecken dient, kann nicht als öffentliche Sache betrachtet werden, wenn es auch der Oberaufsicht der Staatsregierung unterliegt[257]). Ferner ist wohl richtig, daß der Inhaber jener Anlagen ein dingliches Recht darauf hat, dieselben in bestimmter Weise zu machen und zu haben; damit ist aber noch nicht entschieden, welches Recht am Material der Anlagen selbst (Steinen, Holzwerk u. dergl.) Statt findet, und welche Klagen bei Zerstörung, Wegnahme, Beschädigung der Anlagen Platz greifen. Bei der superficies wird diese Frage dahin beantwortet, daß der Superficiar ein dem Eigenthume nahe stehendes dingliches Recht an der Superficies habe, die proprietas aber civili et naturali jure dem Bodeneigenthümer zustehe. Hier waltet also das Princip des Bodeneigenthums, welches Alles ergreift, was unter und über dem Boden sich befindet[258]). Bei öffentlichen Flüssen und Bächen kann nach meiner Meinung dieses Princip nicht geltend gemacht werden, sondern ein anderes tritt maßgebend ein. Das flumen ist publicum wegen des usus publicus daran, der alveus ist publicus wegen des flumen publicum, was das flumen dauernd occupirt hat, muß auf die Dauer der Occupation ebenfalls publicum sein. Von Zubehörigkeit, von Eigenthum ist dabei nicht die Rede, sondern nur vom usus publicus als bestimmendem Gesichtspunkte. Das Wasserbett ist nicht in patrimonio populi, sondern als res publica: nullius in bonis, wie oben entwickelt worden ist. Es hört auf, publicum zu sein, sobald das Wasser es verlassen hat (quia populus eo non utitur). Auf der Verwechselung dieser beiden eben angeführten Principien beruht der Aus-

257) Man denke an die Privatforsten, welche nach manchen Gesetzgebungen sehr strenger Aufsicht der Staatsbehörden unterliegen.

258) Auch bei öffentlichem Grund und Boden l. 1 pr. D. 8, 2 und bei dem sepulcrum l. 22 §. 4 D. 43, 24.

spruch des Labeo: si id, quod in publico innatum aut aedificatum est, publicum est, insula quoque, quae in flumine publico nata est, publica esse debet[259]), und die Ansicht des Neratius: „qui autem in ripa fluminis aedificat, non suum facit[260]). Beide Aussprüche sind nicht geltendes Recht geworden; die Meinung des Neratius insonderheit steht in Widerspruch mit l. 30 §. 1 D. 41, 1, welche die am Ufer erwachsenen Bäume für Eigenthum des Uferbesitzers erklärt, quia solum ipsum meum privatum est, usus autem ejus publicus intelligitur." Nach der Analogie des Baums und nach den Grundsätzen der Accession muß auch das am Ufer Erbaute Eigenthum des Uferbesitzers werden; es unterliegt indessen dem usus publicus, insoweit dies der Gemeingebrauch des Wassers erfordert. So auch, glaube ich, wird das im Wasserbett selbst Erbaute Eigenthum des Unternehmers; denn das Wasserbett ist nur in usu publico, nicht in patrimonio populi, und man darf daher wohl von dem strombedeckten Wasserbett in ähnlicher Weise, wie vom Meeresufer, sagen: „non ita est, ut ea quae in patrimonio populi sunt, sed ut ea quae primum a natura prodita sunt, et in nullius adhuc dominium pervenerunt[261]);" nur mit dem Unterschied, daß der usus publicus an Flüssen nicht Jedem jede beliebige Occupation des Wasserbettes gestattet, und gegen eine Occupation, welche dem Gemeingebrauche hindernd entgegentritt, die prohibitorischen und

---

259) L. 65 §. 4 l. 15 D. 41, 1. Daß Labeo hier an die schwimmende Insel in l. 65 §. 2 ib. gedacht habe (Donell), ist nicht wahrscheinlich und mit der Wortfassung schwer vereinbar.

260) Wenn nicht hier eine ripa aliena gemeint ist.

261) L. 17 pr. D. 41, 1.

restitutorischen Interdicte angewendet werden können[262]). In der obrigkeitlichen Genehmigung oder landesherrlichen Konzession liegt aber die Erlaubniß zu jener Occupation, und ich nehme daher an, daß die Berechtigung, Anlagen und dauernde Vorrichtungen Behufs der Wasserbenutzung im Wasserbett oder am Ufer zu haben, ein dingliches Recht in sich schließt, diese Anlagen selbst aber (das Material, das Erbaute) im Eigenthum des Berechtigten[263]) sich befinden. Schon bei der Privatwasserleitung über fremde Grundstücke (privatum vel publicum solum) brechen die römischen Juristen der Konsequenz des Satzes superficies cedit solo die Spitze, um einem praktischen Bedürfniß gerecht zu werden, und behandeln den Servitutberechtigten, obschon er nach strenger Konsequenz nicht Eigenthümer der Wasserleitungsanlagen sein kann, doch als Eigenthümer[264]).

In der Deduction von Heimbach im Rechtslexikon Band XIV S. 151. 152 werden ebenfalls die beiden oben gedachten Principien verwechselt, und es wird von dem Satze ausgegangen, was an einem öffentlichen Flusse oder an der Meeresküste von einem Privaten gebaut werde, sei kein Pri-

---

262) Selbst bei dem Meeresufer gab es Einschränkungen, l. 3, 4 D. 43, 8.

263) Die Römer nennen das Verhältniß nicht geradezu Eigenthum, sie helfen sich mit utiles actiones, für uns liegt aber in dieser Hinsicht kein Bedenken vor, es als Eigenthum zu bezeichnen. — Mit dem gänzlichen Verfall oder der Dereliktion der Anlage wird der Platz, worauf sie gemacht, von selbst wieder locus publicus, l. 6 pr. l. 10 D. 1, 8. l. 45 pr. D. 41, 3.

264) L. 27 §. 32 D. 9, 2. Er hat die actio leg. Aquil. gegen den Zerstörer (licet caementa mea sunt — quia terra mea non sit) und bei der cautio d. inf. ist er nur zu repromissio verbunden, quodammodo de re sua cavit; l. 30 §. 1 D. 39, 2. Vergl. l. 13 D. 8, 5. l. 5 D. 43, 8 (hier defensor der Anlagen, wie der Eigenthümer).

vatbau, sondern ein öffentlicher[265]); dies sagt aber l. 24 pr. D. 39, 2 (in his igitur publice licet cuilibet aedificare) nicht so allgemein und so unbedingt, denn publice licet gehört zusammen, und bedeutet jure civitatis licet. Auch die ferner citirte Stelle l. 32 D. 18, 1[266]) dürfte nichts beweisen; denn hier liegt der Satz zu Grunde: Superficies cedit solo, und überdies hat es mit jenen Buden eine besondere Bewandtniß. Es scheinen nämlich auf öffentliche Kosten erbaute Buden gewesen zu sein, deren Benutzung jedenfalls gegen Abgabe Privaten erb- und eigenthümlich überlassen worden war[267]). Mindestens berichtet Dionysius lib. 3, daß solche tabernae argentariae vom Könige Tarquinius auf dem forum erbaut worden seien. Was endlich das an der Meeresküste Erbauete anlangt, so sprechen l. 6, 10 D. 1, 8 und l. 14 D. 41, 1 ganz bestimmt aus, daß es Eigenthum (privatum) des Erbauers wird. Ich kann also in der Theorie kein Hinderniß ersehen, dem Mühlenbesitzer und anderen Wasserberechtigten an den Anlagen im Wasserbett und an den Ufern behufs der Wasserbenutzung Eigenthum zuzusprechen. Man darf nur nicht vergessen, daß dies Eigenthum in flumine publico sich befindet uud es deshalb den Beschränkungen unterworfen sein muß, welche der usus publicus mit sich bringt.

---

265) Vergl. dagegen l. 2 §. 2 D. 43, 8 (privatorum usibus deserviunt loca publica), §. 17 §. 38 ib. (solarium — habere jure possessionis).

266) „Qui tabernas argentarias vel ceteras, quae in solo publico sunt, vendit, non solum, sed jus vendit, quum istae tabernae publicae sunt, quarum usus ad privatos pertinet.“

267) „Si quis nemine prohibente in publico aedificaverit — si aedificium publico usui non obstet — debebit solarium ei imponere; vectigal enim hic appellatur solarium ex eo, quod pro solo pendatur.“ L. 2 §. 17 D. 43, 8.

3) Ueber den Einfluß, welchen die Konzessionsertheilung zu solchen Anlagen in und an öffentlichen Gewässern auf die Rechte Dritter äußert, möchte hier Folgendes einzuschalten sein:

a) Das Unternehmen ist ein solches, auf welches die Expropriationsgesetze des Staates Anwendung finden. Dann werden durch die Konzessionsertheilung, wenn Eigenthum oder andere Vermögensrechte Dritter bei der Anlage in Anspruch genommen werden, die Eigenthumsklagen **vindicatio, negatoria, interdictum uti possidetis** u. dergl.) ausgeschlossen, und der Dritte muß sich mit der gesetzlichen Entschädigung für seine Rechte begnügen lassen.

b) Kommen Expropriationsgesetze nicht in Anwendung, und ist landesgesetzlich nicht ein Anderes bestimmt, so muß jedem Dritten, wenn er nicht zuvor im Verwaltungswege gehört worden ist und eingewilligt hat, verstattet bleiben, der Konzession ungeachtet sein durch die Anlage gefährdetes oder verletztes Recht im Rechtswege mit den zuständigen Rechtsmitteln geltend zu machen.

c) In beiden Fällen kann die Konzession niemals die **cautio** d. inf. ausschließen, wenn sich später ergiebt, daß die Anlage selbst oder deren Betrieb das Eigenthum und andere Nutzungsrechte Dritter gefährdet resp. beschädigt. Der Inhaber haftet für jeden wirklichen Schaden[268]), von dem sich nachweisen läßt, daß die Anlage die Ursache desselben ist, welcher also, wenn die Anlage nicht vorhanden, entweder gar nicht, oder nicht in gleichem Maße eingetreten sein würde[269]). Von selbst versteht sich, daß bei einer fehlerhaften Anlage, wenn dem Unternehmer eine Verschuldung zur Last fällt, auch

268) Nicht für die Entziehung blos faktischer Vortheile.

269) **L. 7 pr. l. 15 §. 2—9. l. 24 pr. D. 39, 2. l. 1 §. 3—5 D. 43, 15.** Hesse, Rechtsverhältnisse Bd. 2 S. 135 ff.

die Schädensklage aus der lex Aquilia erhoben werden kann. Ferner halte ich die Negatoria in so weit noch für statthaft, als bei Errichtung der Anlage die Grenzen und Bedingungen der Konzession nicht eingehalten und erfüllt worden sind, durch welche Eingriffen in die Rechte Dritter vorgebeugt werden sollte. Derjenige, welcher auf Grund einer Konzession ein Werk errichtet, kann nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht in eine günstigere Lage versetzt werden, als der, welcher kraft seines Eigenthumsrechts auf dem Seinigen ein solches Werk unternommen hat, vorausgesetzt, daß nicht das Verfahren, welches die Behörde vor der Konzessionsertheilung zur Ermittelung der Einsprüche und Interessen Dritter in gesetzlicher Weise eingeschlagen hat, eine Abweichung gerechtfertigt erscheinen läßt[270].

B. Der Schutz der Ufer und der am Ufer gelegenen Grundstücke gegen den nachtheiligen Einfluß der Wassergewalt (Abspülen, Abreißen des Ufers) und gegen Ueberschwemmung, sowie die Herstellung der verwundeten oder zerrissenen Ufer, ist Sache der Besitzer der Ufergrundstücke. Da die Ufer in gewisser Hinsicht öffentlich sind, so ist gegen Störungen bei Uferschutz-Bauten ein besonderes Interdict de ripa munienda gegeben. Vorausgesetzt wird, daß solche Bauten die Schifffahrt und Flöße nicht hindern, oder erschweren, und den Nachbarn diesseits und jenseits des Flusses oder Baches nicht schädlich werden, z. B. durch Zuweisung der Strömung. Die Nachbarn, denen von Wasserschutzbauten Schaden droht, können vom Unternehmer die Caution wegen damnum infectum fordern. Hat sich Dieser dolus oder culpa bei dem Bau zu Schulden kommen lassen, so ist auch eine Schädensklage ex lege Aquilia begründet[271]. Eine Veränderung

270) Endemann, Ländl. Wasserrecht S. 28.
271) L. 3. 4. 5 D. 43, 15.

des Wasserbetts zum Schutz der anliegenden Grundstücke ist nur gestattet, insofern der usus publicus fluminis dadurch nicht beeinträchtigt und keiner von den anliegenden Grundstücksbesitzern benachtheiligt oder gefährdet wird; — „oportet enim in hujusmodi rebus utilitatem et tutelam facientis spectari, sine injuria utique accolarum[272]).

Die Erhöhung des Ufers und die Aufführung von Dämmen zum Schutze gegen Ueberschwemmungen ist gestattet, insofern die bei Regengüssen und Thauwetter austretende Fluth dadurch nicht andern Grundstücken zugewiesen wird, auf welche sie bis dahin nach Lage der Grundstücke nicht auszutreten pflegte. Der bedrohte Grundeigenthümer kann die actio aquae pluviae arcendae anstellen, weil die Ueberschwemmung Folge von Regen- oder Schneewasser ist, resp. cautio d. inf. fordern[273]). Wenn Kori im Archiv f. civ. Praxis Bd. 18 S. 52 die entgegengesetzte Ansicht ausspricht, indem er von den citirten Gesetzen behauptet, daß sie nur ein Verengen des Wasserbettes verböten, so hat er dabei das Princip der Regenwasserklage aus dem Auge verloren; dies erhebt sich gegen alle Anlagen, welche den natürlichen Wasserlauf des Regenwassers, fließe dieses für sich oder vermischt mit einem andern Gewässer, zum Nachtheil eines Grundstücksnachbars verändern, wenn sie nur auf Privatgrundstücken entstanden sind[274]).

Nach der Stellung des Interdicts de ripa munienda bei und neben den Interdicten, welche res publicae betreffen, nach dem Wortlaute desselben — „quominus illi in flumine

272) L. 1 §. 6. 7. D. 43, 13.

273) L. 1 §. 2. l. 23 §. 2. l. 3 §. 3 D. 39, 3.

274) Bei Anlagen in publico kommen auch die op. novi nuntiatio und das Interd. quod vi aut clam in Anwendung.

publico ripave ejus opus facere, ripae agrive, qui circa ripam est, tuendi causa liceat — sowie nach dem Inhalte des §. 1 D. de ripa munienda[275]) läßt sich vielleicht die Behauptung rechtfertigen, daß dem B, wenn das Ufer des A schadhaft ist und in Folge dessen dem Ufer des B Nachtheil droht, A aber zum Bau nicht zu bewegen ist, erlaubt sei, auf seine Kosten am Ufer des A die erforderlichen Anlagen herzustellen, insoweit sie zu seinem eigenen Schutze nothwendig, dem Grundstücke des A unnachtheilig und vom Wasser oder vom Grundstück des B aus möglich sind[276]). Dagegen läßt sich gemeinrechtlich eine Verpflichtung der Ufereigenthümer zum Uferbau u. dergl. nicht begründen. Es giebt für B kein Klagrecht gegen A auf Herstellung seines Ufers, weil Niemand zu Gunsten eines Andern zu einer gewissen Thätigkeit genöthigt werden kann; selbst die cautio d. inf. ist nicht begründet, denn nicht das Nachbargrundstück ist in Folge der Unthätigkeit des Ufereigenthümers die causa damni, sondern das Wasser, welches dieser nicht zu vertreten hat[277]).

---

275) „Ripas fl. publ. reficere, munire utilissimum est. Sicuti igitur de via publ. reficienda interdictum propositum est, ita etiam de ripa fl. munienda proponendum fuit."

276) Bei Schutzdämmen gegen Regenwasser wird ja auch dem Nachbar verstattet, solche auf dem fremden Grundstücke wiederherzustellen, wenn die Herstellung dem Nachbar zum Nutzen und dem Besitzer des Grundstücks nicht zum Schaden ist. Hesse, Rechtsverh. Bd. 1 S. 252 ff.

277) Vergl. Hesse, Rechtsverh. Bd. 1 S. 333 ff. Hiernach ist auch die Frage, ob eine Verpflichtung, fremde Ufer zu befestigen und zu erhalten, vorliege, zu entscheiden. Meist werden dann die Grundsätze der Wasserleitungsservitut in Anwendung gebracht, z. B. wenn ein Mühlgraben jure servitutis durch fremde Grundstücke gelegt worden ist. Aber es ist überall in den Quellen nur von einem Rechte des Servitutinhabers zu Reparaturen und Herstellungen

c) Die Erhaltung des regelmäßigen Wasserlaufs durch Reinigung des Wasserbetts und Beseitigung der Hindernisse desselben, sei es zu dem Zwecke, um den Gemeingebrauch zu fördern, sei es zu dem Ende, um Gefahr für die anliegenden Grundstücke abzuwenden, steht jedem Bürger frei[278]); eine Verpflichtung dazu liegt weder den Besitzern der anliegenden Grundstücke[279]), noch dem Staate ob. Für den letzteren ist nach heutigem Rechte nur dann eine rechtliche Verpflichtung in dieser Hinsicht bei schiff- und flößbaren Gewässern anzunehmen, wenn er für die Schifffahrt und Flöße Abgaben erhebt, bei denen sich eine rechtliche Beziehung zu jener Oblast nachweisen läßt[280]).

Dieselben Grundsätze gelten auch von den Kanälen, Mühlgräben, Floßgräben, welche den öffentlichen Charakter des Flusses, aus welchem sie abgeleitet sind, behalten[281]). Die Grundsätze, welche das römische Recht über die Reinigung der Privatgewässer, Gießbäche u. dergl., über Privat-Wassergräben u. s. w. aufstellt, lassen keine Anwendung auf öffentliche Gewässer zu[282]); und man kann aus diesem Grunde den Rechtssätzen, welche Kori im Archiv (Bd. 18 S. 52) entwickelt hat, nicht allenthalben beistimmen.

---

die Rede, nicht von einer direkten Verpflichtung; dagegen steht dem dominus serviens die cautio damni inf. zu. Die Stellen, welche davon sprechen, der Berechtigte dürfe nichts thun, quod vicinis noceat, aquagium rivalibus deterius faciat, domino fundi damnum det u. s. w., handeln nur von Abänderung alter oder Errichtung neuer Anlagen. L. 30. l. 24 pr. in fine D. 39, 2.

278) L. 24 pr. D. 39, 2. l. 1 §. 12 D. 43, 42.

279) Dagegen vergl. tit. D. 43, 13, besonders §. 11.

280) Hesse, Rechtsverhältnisse Bd. 1 S. 333—338; daselbst finden sich Erkenntnisse der obersten Gerichtshöfe zu Dresden, München und Berlin.

281) L. 1 §. 8 D. 43, 12. l. 1 pr. §. 5 D. 43, 14

282) L. 2 §. 1—7. l. 3 §. 3 D. 39, 3. Vergl. oben §. 7 u. 8.

§. 17.

XI. Kann der hier entwickelten gemeinrechtlichen Theorie praktische Bedeutung beigemessen werden?

Es giebt Rechtslehrer, welche dem römischen Rechte hinsichtlich der fließenden Gewässer für unsere Verhältnisse jegliche Bedeutung absprechen, und diese Lehre ganz in das deutsche Recht verweisen wollen. Die römische Grundlage für diese Lehre sei sowohl rücksichtlich des Begriffs der öffentlichen Flüsse, als der den Einzelnen möglicher Weise zuständigen Rechte eben so verschoben, wie für die Rechte an Privatflüssen. Im deutschen Rechte sollen Grundsätze bestehen, welche eine ganz neue Gestaltung der hier fraglichen Rechtsverhältnisse begründet haben, Staatseigenthum finde nur an gewissen öffentlichen Flüssen (den schiff- und flößbaren) Statt, ferner müßten nicht nur das Wasserregal und die Wasserhoheit, welche ebenfalls auf Privatflüsse Einfluß übten, sondern auch die Grundsätze des Fischereirechts, als Analogon des Jagdrechts, noch in Betracht gezogen werden[283]).

Indem wir diese Frage kurz berühren, müssen wir vor Allem darauf hinweisen, daß die deutschen Rechtsbücher und Rechtsquellen über fließende Gewässer mit den Grundsätzen des römischen Rechts, wie sie hier aufgefaßt werden, vollkommen übereinstimmen und keine abweichenden Bestimmungen enthalten[284]). Die Grundsätze des deutschen Rechts, auf

---

283) Sintenis, Civilrecht I. §. 40 Note 44.

284) Börner im Archiv a. a. O. S. 363 ff. Schwab im Beilageheft zum 30. Bd. des Archivs S. 15 ff. Rechtslex. Bd. 14 S. 110 ff. Sie haben nachgewiesen, daß man früher das Sächs. Landr. II, 28 falsch erklärt hat. Vergl. noch den Schwabensp. art. 197. Eisen. Rechtsbuch (bei Ortloff) Bd. 3 c. 73. 74. Görlitzer Landr. cap. 34 §. 1. Die Oeffentlichkeit der fließenden Gewässer wird noch in einer Menge alter Dokumente anerkannt, z. B. Leg. Alaman. LXXXIII, 1. 2: „Si quis molinam aut qualemcumque

welche man sich beruft, reduciren sich schließlich auf Ansichten verschiedener Rechtslehrer und einzelner Gerichtshöfe, und endlich auf Bestimmungen einzelner Gesetzgebungen, die in jenen Ansichten wurzeln. Diesen Ansichten wird man aber darum nicht das Ansehen eines endgültigen wissenschaftlichen Rechts einräumen können, weil sie auf einer unrichtigen Auffassung der einschlagenden Gesetze des römischen Rechts, zum Theil auch der deutscher Rechtssatzungen[285]) beruhen, weil sie historischen Erscheinungen, die das Wesen und den Kern des römischen Rechts in Ansehung der fließenden Gewässer gar nicht alteriren, einen Einfluß auf die Rechtsbildung in Deutschland beimessen, welcher über ihr Wesen und ihre wahre Bedeutung weit hinaus geht, und weil sie mit gewissen Rechtsinstituten Konsequenzen verknüpfen, welche das neuere Staatsrecht zum großen Theil als unhaltbar verworfen hat. In dieser Hinsicht sei nur erwähnt, daß weder aus dem Territorialbesitz des Landesherrn, noch aus der Staatsgewalt ein wirkliches Eigenthum des Landesherrn oder des Staats (Staats-, Privat-Eigenthum) an den fließenden Gewässern abgeleitet werden kann. Ebensowenig kann das Wasserregal ein solches Eigenthum begründen; es umfaßt lediglich nutzbare Rechte an fließenden Gewässern, sei es auf ausschließliche Ausübung gewisser Nutzungen und Verleihung derselben an Privaten,

---

clausuram in aqua facere voluerit, sic faciat, ut nemini noceat. Si ambae ripae suae sunt, licentiam habeat. Si autem una alterius est, aut roget aut comparet" (wegen Anschluß des Stauwerks). In einer Urk. Otto I. v. J. 963 heißt es: „molendina componere et publicas aquas ad utilitatem ipsius ecclesiae trahere, piscationes exercere" —. S. Schwab S. 98.

285) Insbesondere auf einer unrichtigen Definition des Begriffs der flumina publica und flumina privata, und auf einer irrigen Auslegung des Sachsenspiegels II, 28.

sei es auf Abgabenerhebung für die Benutzung der fließenden Gewässer[286]). Endlich das Recht des Landesherren resp. des Staats auf herrenlose Sachen bezieht sich nur auf solche, welche in commercio sind oder sein können, nicht auf solche, welche wegen ihrer natürlichen Bestimmung und Beschaffenheit extra commercium sind und nicht in patrimonio habentur[287]).

Weiter muß hervorgehoben werden, daß es mit dem römischen Princip, nach welchem alle beständig fließenden Gewässer (Flüsse und Bäche) öffentlich, d. h. zum Gemeingebrauch bestimmt sind, wohl vereinbar ist, daß

a) die Staatsregierung durch die Gesetzgebung den Gemeingebrauch regelt und in gewisser Beziehung auch beschränkt,

b) daß der Staat gewisse Nutzungen selbst unmittelbar oder mittelbar ausübt,

c) daß Einzelne, Gemeinden, der Fiskus u. s. w. Sonderrechte an Flüssen und Bächen erwerben und ausüben können.

Hinsichtlich jenes Princips ist es ein ganz unwesentliches Moment, ob die Aufsicht über Flüsse und Bäche und der Schutz des Gemeingebrauchs durch das Volk selbst (Popularklagen) oder vom Staate in polizeilichem Wege geübt wird. Das Princip wird endlich nicht berührt durch die Frage, ob Sonderrechte an fließenden Gewässern aus der gesetzgeben-

---

286) Viele, wie z. B. Klüber, identifiziren Wasserregal und Wasserhoheit, und zählen Gesetzgebung, Polizei über fließende Gewässer zum Wasserregal. Daher stammt die Unklarheit und Inkonsequenz der ältern Theorieen.

287) Vergl. Schwab a. a. O. S. 32 ff. Emminghaus, Blätter für Rechtspflege in Thüringen Bd. 3 S. 379. Börner a. a. O. S. 370.

den Gewalt, der Privilegienhoheit oder dem Regalitätsrechte abzuleiten sind.

Ueberschauen wir von diesem Standpunkte aus das gesammte Material, welches im deutschen Privatrecht über fließende Gewässer zu Tage gefördert wird, so dürfte sich uns die Ueberzeugung aufdrängen, daß unter jenem Material Thatsachen oder juristische Erscheinungen nicht zu finden sind, welche auf eine Verschiebung des Begriffs der flumina publica, wie ihn nach unserer Auffassung das römische Recht giebt, nothwendig einwirken müßten.

Das deutsche Recht bietet uns für unsern Gegenstand nur einzeln stehende, in lockerer Verbindung sich berührende, auf individuellen Verhältnissen ruhende Gestaltungen, in denen sich eine allgemeine, die Ereignisse beherrschende Rechtsanschauung mit Sicherheit nicht erkennen läßt, und es liegt in der Natur der Sache, daß hier das römische Recht mittelst der Macht, welche in seiner prinzipiellen Ausbildung und Durchbildung wohnt, den Sieg davon tragen muß.

Ein sehr wichtiges Argument für diese Ansicht erwächst uns in der unbestrittenen Thatsache, daß weder die Rechtswissenschaft, noch die Praxis darüber einig sind, was denn eigentlich in Deutschland an Stelle der römischen Prinzipien über flum. publ. und privata treten soll. Wir finden da eine ziemliche Anzahl verschiedener Ansichten, und wir erblicken da seit Jahrhunderten einen Gährungsprozeß, der aber noch zu keiner rechten Abklärung geführt hat. Man darf wohl behaupten, daß es keine Ansicht zur Zeit giebt, welche sich ein so allgemeines Anerkenntniß in der juristischen Welt errungen hätte, oder in den Partikularrechten solche Stütze fände, daß man ihr die Herrschaft an Stelle der hier vertheidigten Grundsätze einräumen könnte. Dabei müssen wir ein Wenig länger verweilen.

Wir fassen zuerst die Landesgesetzgebungen in Deutschland in's Auge. Wenn dieselben über die Frage, ob Flüsse und Bäche dem Gemeingebrauche dienen, oder ob sie im Eigenthum stehen sollen, entschieden und durchgreifend disponiren, so muß es natürlich bei diesen Bestimmungen und den nothwendig daraus sich ergebenden Konsequenzen sein Bewenden haben[288]). Dies ist jedoch in den meisten Partikularrechten nicht der Fall. Hier finden sich häufig nur einzelne Andeutungen über fließende Gewässer, deren Tragweite sehr zweifelhaft erscheint, und in manchen ist der Standpunkt, welchen sie eigentlich zu unserer Frage einnehmen, durchaus nicht klar zu erkennen und mit Sicherheit zu bestimmen. Daß hier die Grundsätze des gemeinen Rechts noch zu Rathe gezogen werden dürfen, wird wohl nicht bezweifelt werden. So z. B. werden in einzelnen Landesgesetzen bestimmte Gewässer (meist die, auf welchen Schifffahrt oder Flöße betrieben wird) für öffentliche Flüsse, die andern kleineren für Privat-Flüsse und Bäche erklärt. Aus dieser Unterscheidung aber kann ein wahres Eigenthum, dort des Staats oder des Landesherrn, hier der Privaten, mit trifftigem Grunde nicht abgeleitet werden[289]). Sie verdankt ihre Entstehung lediglich der Thatsache, ob an gewissen Gewässern Regalrechte hergebracht waren oder nicht, und hat nur den Zweck, hinsichtlich der Ausübung von Regalien oder der damit verknüpften Verpflichtungen, hinsichtlich des Staatsaufsichtsrechts, des Konzessionswesens, der Verwaltungsinstanzen u. dergl. eine Ein-

---

288) Dies geschieht meist von den neueren Gesetzen, vergl. Gerber a. a. O. §. 61 Note 1 u. 6.

289) Es sind keine dispositiven Vorschriften, insofern als sie blos die Rechtsansicht des Gesetzgebers ausdrücken, nicht aber über das Rechtsverhältniß der fließenden Gewässer (Eigenthum u. dergl.) entscheidende Normen aufstellen wollen.

theilung zu treffen. Es würde aber den gewöhnlichen juristischen Interpretationsregeln absolut widersprechen, diese Eintheilung zur Deduktion eines wirklichen Eigenthums anzuwenden, oder die Behauptung, daß damit die römisch-rechtliche Bedeutung von **flumina publica** und **privata** ganz verwischt werde, aus jener Abtheilung zu begründen, zumal wenn man den übrigen Inhalt der Gesetze, worin diese Eintheilung vorkommt, in genügenden Betracht zieht. Selbst da, wo von Staatseigenthum die Rede sein sollte, oder wo z. B. die Inseln im Flusse für Staats- oder landesherrliches Eigenthum erklärt werden, darf noch nicht an ein wirkliches Eigenthum an den Flüssen gedacht werden. Denn in allen bisher erwähnten Fällen wird der römisch-rechtliche Charakter der Gewässer als **flumina publica** dadurch anerkannt, daß die Grundsätze von der **insula in flumine nata** resp. von dem **alveus derelictus**, der Avulsion und Alluvion, welche aus jenem Charakter entsprungen sind[290]), in Anwendung gebracht werden, und die öffentliche Benutzung des Gewässers in mancherlei Beziehung eingeräumt wird.

Derartige Bestimmungen über fließende Gewässer kommen aber weder in allen deutschen Landesgesetzgebungen vor, noch haben sie da, wo sie sich finden, gleiche Bedeutung und gleiche Tragweite. Es läßt sich darum aus jenen Partikularrechten ein deutsches Recht über unsern Gegenstand nicht abstrahiren.

Daß überhaupt das römische Recht Einfluß auf die Gesetzgebung gehabt hat, und in welcher Weise die Grundsätze desselben über fließende Gewässer aufgefaßt worden sind, dafür

---

290) Flumina enim censitorum vice funguntur, ut ex privato in publicum addicant et ex publico in privatum — heißt es von der Alluvion in l. 30 §. 3 D. 41, 1.

mögen folgende Belege aus älterer Zeit hier eine Stelle finden.

Die **consuetudines Mediolanenses** v. J. 1216[291]) gestatten Jedem aus Flüssen und Bächen zur Bewässerung insbesondere alter, aber auch neuer Wiesen Wasser abzuleiten, wenn solches ohne Nachtheil Dritter, namentlich der Mühlenbesitzer geschehen könne. Die **Statuta civitatis Mediolanensis** v. J. 1396 hingegen bestimmen, daß die Wiesenbewässerung zum Schutze der Mühlen untersagt werden darf, außer wenn Jemand ein besonderes Recht der Wiesenbewässerung erworben hat. Von Sonnabend Abend bis Montag früh war jedoch die Wässerung allen Betheiligten gestattet. Insofern das Recht der Mühlen nicht verletzt wird, ist jeder Anlieger eines Flusses oder Bachs berechtigt, Wasser abzuleiten. — In einer Verordnung des Herzogs Philipp Maria vom 1. Februar 1446 wird den Mailändern verboten, ohne specielle fürstliche Erlaubniß aus Schiffskanälen, schiffbaren oder nicht schiffbaren Flüssen und andern dem öffentlichen Gebrauche unmittelbar oder mittelbar dienenden Regal- oder öffentlichen Gewässern Wasser abzuleiten, selbst nicht auf Grund einer früheren Konzession oder unvordenklicher oder gewöhnlicher Verjährung. Viele — wird im Eingange gesagt — berufen sich zwar darauf, daß von Rechtswegen es Jedem gestattet sei, aus öffentlichen Flüssen Wasser zu leiten, mit Ausnahme der schiffbaren, sowie derjenigen, welche andere schiffbar machen; allein diese übersehen, daß solches nur insofern richtig ist, als der Fürst es nicht verbietet und das Wasser nicht der dem Privatnutzen vorgehenden öffentlichen Wohlfahrt dient[292]), in welcher Hinsicht neben der Schifffahrt

---

291) Elvers, Themis a. a. O. S. 599.
292) L. 2 D. 43, 12.

nicht minder die Mühlen, die Reinlichkeit der Städte und Anderes in Betracht kommt. — Auch die kursächsische const. inedita 36 verdient hier Erwähnung, insofern sie in und an Flüssen und Bächen Vorrichtungen und Anlagen, namentlich Mühlen gestattet, vorausgesetzt, daß „sie den Wasserstrom nicht schmälern, verhindern oder verderben." — In dem Projekt des Codicis Fridericiani (1748) P. II lib. 1 tit. 2 not. 4 §. 43 heißt es: Flumina publica sind diejenigen Ströme, welche beständig fließen, sie mögen schiffbar sein oder nicht. Diese differiren von den Privatflüssen, welche nicht beständig fließen, sondern im Sommer bisweilen austrocknen. — Nun ist schon vorher angezeigt worden, daß niemand das Eigenthum des Flusses, so viel aquam profluentem betrifft, erlangen könne, folglich dessen Gebrauch allen Menschen gemein sei — daß auch ferner der Gebrauch des Ufers und des Grundes (Betts), insoweit beide zum Gebrauche des Flusses nothwendig sind, einem Jeden freistehe, weil ohne das Ufer und den Grund Niemand sich des Flusses bedienen kann[293]).

§. 18.

Wir werfen nun einen Blick auf das, was die Rechtswissenschaft über die fließenden Gewässer zu Tage gefördert hat[294]). Die große Verschiedenheit der Ansichten entspringt hier daraus, daß man sich in der römisch-rechtlichen Doktrin nicht zurecht finden und sie mit gewissen thatsächlichen

---

293) Nach der Herzogl. Altenb. Gesetzgebung (Ed. v. 1831) liegt der Landesregierung ob die Aufsicht über die Erhaltung der Flüsse in unschädlichem und gemeinbrauchbarem Zustande. — Bei näherer Prüfung der einzelnen Gesetzgebungen findet man überhaupt Manches, was an die römisch-rechtlichen Prinzipien erinnert.

294) Einen Ueberblick über diese verschiedenen Ansichten liefert Emminghaus, Pandekten S. 185 ff.

können u. s. w. Ein natürliches Gesammtgut kann nicht im Eigenthum Einzelner sein, das ist seinem Wesen zuwider; ein natürliches Gesammtgut verschiedener Grundstücksbesitzer mit abgegrenztem privatrechtlichen Dispositionsrecht daran ist ein Institut, das die Rechtstheorie nicht kennt und für das sie auch keine praktische Anerkennung, d. h. keine Rechtsmittel zum Schutze dieses Instituts hat, man möge es vom römischen oder vom deutschen Rechtsstandpunkte aus betrachten. Aus dieser Verlegenheit nun sich damit zu helfen, daß man mit Funke analog die Interdicte von den flum. publ. heranzieht, ist unzulässig; zwischen einer res publica, zum öffentlichen Gebrauch bestimmt, und einer im Privateigenthum befindlichen Sache ist keine Analogie möglich[299]), das sind feindlich entgegenstehende Begriffe, weil dort das Princip der Gleichberechtigung aller Bürger, hier das der ausschließlichen Disposition vorwaltet.

Eigenthum und Besitz setzen ferner eine greifbare, bestimmt abgegrenzte Sache voraus, auf welche man innerhalb dieser Grenzen ausschließlich einwirken kann. Dies ist an einem Fluß oder Bach nicht möglich, weil die willkürliche Einwirkung innerhalb bestimmter Grenzen über dieselben allezeit hinausgreift, die Existenz des Baches, seine Fortsetzung in Frage stellt und das Eigenthum Anderer an demselben Objecte annulliren würde. Miteigenthum am Bache stellt Funke mit Recht in Abrede; bei Miteigenthum muß ein bestimmtes, fest abgegrenztes Object vorliegen, über das im Wesentlichen nicht einem Einzelwillen, sondern dem Gesammtwillen Mehrerer

299) Nec pertinet ad hoc interdictum, quod in privato factum sit, l. 1 §. 10 D. 43, 12. Si autem flumen privatum sit, cessabit interdictum, l. 1 §. 4 ibid. — Pertinet interdictum ad flumina publica, l. 1 §. 2 D. 43, 12. Si privata sunt suprascripta, interdictum cessat, l. 1 §. 2 D. 43, 14.

die Disposition zusteht. Am Bache soll aber ein Jeder innerhalb seiner Grenze selbstständig disponiren können und nur in gewisser Beziehung zu dem mehrere Grundstücke berührenden Stoff von den Anderen abhängig sein[300]).

Die wesentlichen Merkmale des Eigenthumsbegriffs mangeln also hier, es bleiben nur gewisse Nutzungsrechte. Nun kommen zwar auch anderwärts bei dem Eigenthum oft wesentliche Beschränkungen vor, allein diese gründen sich immer auf Gesetz, Verträge, letztwillige Verfügungen. Auf solche aber kann man sich offenbar bei den Beschränkungen des sogenannten Eigenthums an Bächen nicht beziehen; das Gesetz namentlich kennt nur Beschränkungen des Gemeingebrauchs an Flüssen und Bächen, die eben aus dem usus publicus hervorgehen.

Kori sagt[301]): Die flum. publ. seien nicht als eigentliches Staatseigenthum zu betrachten, sondern sollen nur zu öffentlichem gemeinem Gebrauche der Anlieger und dritter Personen dienen; das Verbot, den natürlichen Wasserlauf zu ändern, schließe von selbst ein Privateigenthum der Angrenzer am Flusse oder Bache aus und bilde die Basis für die Gebrauchsrechte dieser sowie Dritter am Wasser. Er kommt aber bald auf Abwege, weil er diese Gebrauchsrechte den angrenzenden Grundstücksbesitzern, als solchen, einräumt, während sie ihnen doch nur kraft des Gemeingebrauchs (also als Staatsbürgern überhaupt) zustehen. Kori zieht ferner einzelne Grundsätze der Regenwasserklage und der Wasserleitungsservitut zur analogen Anwendung auf Fluß-

---

300) Wasser und Wasserbett können weder nach der Natur der Sache, noch nach positiven Rechtssätzen getrennt und verschiedenen Rechtsbegriffen unterworfen werden.

301) Archiv f. civ. Praxis Bd. 18 S. 33 ff. Vergl. noch über Kori §. 13 S. 257 oben.

können u. s. w. Ein natürliches Gesammtgut kann nicht im Eigenthum Einzelner sein, das ist seinem Wesen zuwider; ein natürliches Gesammtgut verschiedener Grundstücksbesitzer mit abgegrenztem privatrechtlichen Dispositionsrecht daran ist ein Institut, das die Rechtstheorie nicht kennt und für das sie auch keine praktische Anerkennung, d. h. keine Rechtsmittel zum Schutze dieses Instituts hat, man möge es vom römischen oder vom deutschen Rechtsstandpunkte aus betrachten. Aus dieser Verlegenheit nun sich damit zu helfen, daß man mit Funke analog die Interdicte von den flum. publ. heranzieht, ist unzulässig; zwischen einer res publica, zum öffentlichen Gebrauch bestimmt, und einer im Privateigenthum befindlichen Sache ist keine Analogie möglich[299]), das sind feindlich entgegenstehende Begriffe, weil dort das Princip der Gleichberechtigung aller Bürger, hier das der ausschließlichen Disposition vorwaltet.

Eigenthum und Besitz setzen ferner eine greifbare, bestimmt abgegrenzte Sache voraus, auf welche man innerhalb dieser Grenzen ausschließlich einwirken kann. Dies ist an einem Fluß oder Bach nicht möglich, weil die willkürliche Einwirkung innerhalb bestimmter Grenzen über dieselben allezeit hinausgreift, die Existenz des Baches, seine Fortsetzung in Frage stellt und das Eigenthum Anderer an demselben Objecte annulliren würde. Miteigenthum am Bache stellt Funke mit Recht in Abrede; bei Miteigenthum muß ein bestimmtes, fest abgegrenztes Object vorliegen, über das im Wesentlichen nicht einem Einzelwillen, sondern dem Gesammtwillen Mehrerer

299) Nec pertinet ad hoc interdictum, quod in privato factum sit, l. 1 §. 10 D. 43, 12. Si autem flumen privatum sit, cessabit interdictum, l. 1 §. 4 ibid. — Pertinet interdictum ad flumina publica, l. 1 §. 2 D. 43, 12. Si privata sunt suprascripta, interdictum cessat, l. 1 §. 2 D. 43, 14.

die Disposition zusteht. Am Bache soll aber ein Jeder innerhalb seiner Grenze selbstständig disponiren können und nur in gewisser Beziehung zu dem mehrere Grundstücke berührenden Stoff von den Anderen abhängig sein[300]).

Die wesentlichen Merkmale des Eigenthumsbegriffs mangeln also hier, es bleiben nur gewisse Nutzungsrechte. Nun kommen zwar auch anderwärts bei dem Eigenthum oft wesentliche Beschränkungen vor, allein diese gründen sich immer auf Gesetz, Verträge, letztwillige Verfügungen. Auf solche aber kann man sich offenbar bei den Beschränkungen des sogenannten Eigenthums an Bächen nicht beziehen; das Gesetz namentlich kennt nur Beschränkungen des Gemeingebrauchs an Flüssen und Bächen, die eben aus dem usus publicus hervorgehen.

Kori sagt[301]): Die flum. publ. seien nicht als eigentliches Staatseigenthum zu betrachten, sondern sollen nur zu öffentlichem gemeinem Gebrauche der Anlieger und dritter Personen dienen; das Verbot, den natürlichen Wasserlauf zu ändern, schließe von selbst ein Privateigenthum der Angrenzer am Flusse oder Bache aus und bilde die Basis für die Gebrauchsrechte dieser sowie Dritter am Wasser. Er kommt aber bald auf Abwege, weil er diese Gebrauchsrechte den angrenzenden Grundstücksbesitzern, als solchen, einräumt, während sie ihnen doch nur kraft des Gemeingebrauchs (also als Staatsbürgern überhaupt) zustehen. Kori zieht ferner einzelne Grundsätze der Regenwasserklage und der Wasserleitungsservitut zur analogen Anwendung auf Fluß-

300) Wasser und Wasserbett können weder nach der Natur der Sache, noch nach positiven Rechtssätzen getrennt und verschiedenen Rechtsbegriffen unterworfen worden.

301) Archiv f. civ. Praxis Bd. 18 S. 33 ff. Vergl. noch über Kori §. 13 S. 257 oben.

und Bach-Benutzung herbei; dieses Verfahren ist — wie mehrfach schon erwähnt und erörtert worden — unstatthaft und muß zu falschen Resultaten führen, wie z. B. daß der Richter den an beiden Seiten des Bachs angrenzenden Grundstücksbesitzern das Wasser je zur Hälfte zuzutheilen habe, — daß der auf beiden Seiten angrenzende Grundstückseigenthümer das Wasser aus seinem Bette herausleiten und ganz verbrauchen, d. h. den Bach auf Zeit oder für immer zerstören könne (ein Bach ohne Wasser ist kein Bach mehr), was doch klaren Gesetzen (l. 17 D. 8, 3 resp. der l. 1 §. 12 D. 43, 12 (de fluminibus), l. 3 §. 1 D. 43, 20 und l. 2 §. 2 D. 43, 8) direkt widerspricht. Auch die Behauptung, daß Derjenige, welcher Wasser ableite, dasselbe, soweit es nicht verbraucht werde, dem Bache wieder zuführen müsse, stützt sich nicht auf ein ausdrückliches Gesetz; sie soll von selbst aus der Unverletzbarkeit des natürlichen Wasserlaufs folgen. Wenn aber hieraus das minus folgt, muß dann nicht auch das majus daraus sich ergeben, d. h. das Verbot, das Bachwasser gänzlich abzuleiten und zu verbrauchen?

Hagemann lehrt Folgendes[302]). Alle beständig fließenden Gewässer (Flüsse und Bäche) gehören zu den öffentlichen Flüssen; das fließende Wasser selbst gehört zum Staatseigenthume. Fließende Gewässer im ausschließlichen Eigenthum eines Privaten gehören zu den seltenen Ausnahmen. Den Unterthanen steht der usus innoxius des Wassers zum Kochen, Waschen, Bleichen, Viehtränken u. s. w. zu. Die Nutzungen der kleineren Flüsse und Bäche sind in der Regel Eigenthum derer, durch deren Grundstück sie

302) Landwirthschaftsrecht §. 143. Bülow und Hagemann, Prakt. Erört. Bd. I Note 3 §. 3.

fließen. In diesem Sinne kann man von Privatgewässern sprechen, obgleich sie der Landespolizei unterworfen bleiben. Rechtstitel für solches Eigenthum geben ab: Verleihung oder Konzession, und Besitz (Gebrauch). Das Wasser selbst ist hinsichtlich des Gebrauchs gemeinschaftlich, und nach den Grundsätzen von der untheilbaren communio ist Niemand berechtigt, den übrigen Betheiligten die Mitbenutzung zu schmälern oder zu entziehen. — Es bedarf wohl keiner näheren Auseinandersetzung, daß auch diese Theorie an Unklarheit, Unbestimmtheit und mancherlei Widerspruch leidet.

Der Ansicht, welche Gerstерding aufstellt und die auf ein unbeschränktes Eigenthum des angrenzenden Grundstücksbesitzers hinausläuft; liegt hauptsächlich eine mißverständliche Auffassung der flum. publica und privata des römischen Rechts zu Grunde. Er sucht sie weiter zu begründen durch Bezugnahme auf l. 21 D. 39, 3 („venas fontis incidere"), und c. 10 Cod. 3, 34 („continere aquam dominus fundi non prohibetur" [303])), ferner eine Vergleichung des Wassers mit der Luft (Niemand könne verlangen, daß der Nachbar den Luftzug nicht hemme), endlich durch die Schlußfolgerung, weil der Prätor nur in Ansehung der Flüsse die Interdicte in D. 43, 12 und 13 gegeben habe, müßten in Betreff der Bäche die Eigenthumsklagen und bezüglichen Interdicte in Anwendung kommen. Nun geräth aber Gerstерding bald mit sich selbst dadurch in Widerspruch, daß er später bei Bächen den Grundsatz der Alluvion vertheidigt; im Uebrigen erscheint obige Deduction unhaltbar, weil die Begründung derselben durch Rechtssätze, die Quellwasser betreffen, unstatthaft ist, weil ferner die Luft niemals und auf keine Weise dem Andern ganz entzogen werden kann,

303) Dagegen c. 1 Cod. 7, 41.

wohl aber Bachwasser, folglich dieser Vergleich unbrauchbar erscheint, und weil endlich der Grund, daß der Prätor für die Benutzung der Bäche nicht besondere Interdicte aufstellt, im Gegentheil darin zu suchen ist, daß unter flum. publ. auch die Bäche mit begriffen sind.

Aus der älteren Literatur soll nur kurz Einiges hervorgezogen werden von dem, was mir eben zur Hand kommt. Noë Meurer (Wasserrecht. Frankf. 1570 Bl. 26) erklärt, nach römischen Rechte seien alle Wasser, die einen steten Lauf haben, öffentliche oder der Benutzung nach gemeine Wasser, und habe die hohe Obrigkeit Macht, über ihren Gebrauch zu gebieten und zu verbieten. Dies stimme aber weder mit dem longobardischen Lehnrecht, noch mit dem Herkommen in Deutschland, nach welchem diese Gewalt sich lediglich in Rücksicht der schiffbaren Flüsse behaupten lasse. Ein Wasser aber könne auf drei Wegen eigen sein, 1) wenn es auf eines Eigenthum entspringt, 2) wenn die hohe Obrigkeit einem dieselbige geben, 3) wenn Jemand aus langem Gebrauch oder Verjährung dieselbig für eigen bekommen. — Cöpolla (de servitutibus 1596) erklärt für flum. publ. Alles, quod perenne fluit, auch den alveus parvus und fons. Von einem flumen privatum könne in dreierlei Weise gesprochen werden, ratione orginis (damit meint er den Quellenabfluß in fundo privato), ex principis concessione und ex consuetudine vel praescriptione. (Tr. de serv. rust. cap. 4 §. 28.) — Mevius (dec. p. IV d. 39) sagt: in flum. publicis, cum proprietate sint rei publicae, usu omnium; nihil a quoquam fieri debet, ut adimatur usus aliis. Bei dem rivus und der aqua privata gestattet er dem dominus, aquam retinere et insumere. (Ob er hier eigentliche Bäche meint, ist zweifelhaft; die Citate weisen auf Quell- und Regenwasser.) — Schilter, Praxis jur.

rom. in foro germ., exerc. 47 §. 51, behauptet, die flum. publ. könnten in Deutschland vel in totum vel in parte in dominio privatorum praesertim utili sein, — quoad hypothesin tamen pleraque omnia praesumuntur esse publica, nisi privatus dominium sibi quaesitum doceat, aut rivus minoris copiae fundi privati terminos non exeat. — Lauterbach l. 43 tit. 12 §. 3: Novissimo jure flum. publ. inter regalia referuntur, et jure superioritatis territorialis ad dominos territorii pertinent, usu tamen publica sint, nisi justa prohibitio interveniat. — Cancrin, Wasserrecht S. 77, erklärt die Bäche und unbeständigen Flüsse für Eigenthum der Angrenzer und anliegenden Gemeinden; ihnen stehe das Fischrecht zu und das Recht, Wasser ohne Schaden eines Dritten abzuleiten. Jeder Staatsbürger habe den Gebrauch des Wassers zum Trinken, Kochen, Tränken u. dergl. Indessen gehörten doch auch viele Bäche in Deutschland zum Eigenthum des gemeinen Wesens oder des Regenten, und dies sei im Zweifel zu präsumiren [304]).

§. 19.

Was die Entscheidungen der Gerichtshöfe anlangt, so erkannte (Leyser, med. ad. pand. Sp. DII) die Fakultät zu Helmstädt 1729: „Obgleich dem Landesherrn die öffentlichen Heerstraßen und die schiffbaren Flüsse unter dem Namen der Regalien attribuirt seien, so erstrecket sich doch dieses jus regalium nur dahin, daß er den Gebrauch derselben zum gemeinen Besten reguliren, Gesetze deshalb machen, ihre Reparation und Besserung besorgen und dafür Zölle und andere Abgaben genießen kann." Das Oberappel-

304) Ueber die in den Lehrbüchern des deutschen Rechts enthaltenen Ansichten siehe Börner im Archiv S. 360 ff.

lationsgericht zu Jena, während es vormals unter Bezugnahme auf Unterholzner's Ausführung (Schuldverhältnisse II. S. 160) die Ansicht geltend machte, daß der Unterschied der öffentlichen Flüsse von Privatflüssen vorzugsweise davon abhänge, ob das Bett von Flüssen in Niemands oder in Jemands Eigenthum stehe, wobei das regelmäßige Fließen des Wassers unterstützend für die Annahme der öffentlichen Qualität eines Flusses sei, sprach sich im J. 1857 (Thüring. Blätter Bd. 9 S. 69) dahin aus: „Der Begriff des Eigenthums läßt sich bei Flüssen und Bächen nach der Natur des Stoffs entweder gar nicht oder nicht vollständig realisiren und die Einwirkung auf ein fließendes Wasser sich örtlich nicht füglich einschränken, sondern wirkt nach oben und nach unten, also auch auf ein fremdes Rechtsgebiet hinüber. — Auf Bäche erleidet somit (nach dem Weimar. Ges. vom 16. Febr. 1857) der auch gemeinrechtlich anerkannte Grundsatz Anwendung, daß es, weil ein fließendes Wasser eine unversiegbare Kraft bilde, die zum Betriebe industrieller Werke sehr nützlich verwendet und wie andere Bodenkräfte zu den von der Natur einem Lande verliehenen wohlthätigen Gaben gerechnet werden könne, zu den Aufgaben der Staatsgewalt gehöre, diese Kraft nicht nur zu erhalten, sondern auch den Gebrauch im Sinne der möglichsten Gemeinnützigkeit zu regeln, und daß hierin gerade für die Bezeichnung auch der Bäche als flumina publica genügende Erklärung gegeben sei. Hieraus ergiebt sich die Unrichtigkeit der Folgerung (im vorigen Erkenntniß), daß ein Bach im Privateigenthum der Adjacenten sich befinde."

Das Appellationsgericht in Leipzig erkannte im Jahre 1861[305]): Daraus, daß die Landesgesetzgebung einzelne Flüsse

305) Wochenblatt f. merkw. Rechtsf. 1862 S. 458. Sächsische Zeitschrift f. Rechtspf. N. F. Bd. 21 S. 419.

als öffentliche bezeichnet, folge noch nicht, daß an den übrigen den Adjazenten ein unbeschränktes Eigenthum zustehe. Es gelte hier der vom römischen und sächsischen Rechte anerkannte Satz, daß alle **flumina perennia** öffentlich seien, in dem Sinne, daß, so lange Grund und Boden von einem solchen **flumen** überströmt werde, ersterer nicht als in dem nach Außen hin wirksamen Eigenthume des Einzelnen befindlich angesehen werden könne. Der Eintrag eines Privaten als Besitzer eines Flusses im Grund- und Hypothekenbuche genüge zum Nachweise von Privatrechten, soweit solche an einem Flusse vorkommen können, an der rechtlichen Natur des fraglichen Besitzstandes aber könne durch den Eintrag nichts geändert werden.

Das Oberappellationsgericht in Dresden sprach sich in demselben Falle dahin aus: „Von den Bestandtheilen eines nicht in öffentlichem Eigenthume befindlichen Flusses, dem fließenden Wasser einerseits und dem den Wasserlauf bildenden Areale andererseits, kann allerdings der erstere seiner stets wechselnden, die Fixirung zum Rechtsobjecte ausschließenden Beschaffenheit halber schon an sich nicht Gegenstand ausschließlicher Dispositionsberechtigung, wie sie im Begriff des Eigenthums liegt, sondern nur Gegenstand von Benutzungsrechten sein, bei welchen die sich immer fort erneuernde Wassermenge in ihrer Continuität als Ganzes gedacht wird. Die Mannichfaltigkeit von Rechten der letzteren Art, mögen sie auf den allgemeinen Gebrauchsrechten Aller, oder auf speciell erworbenen Befugnissen Einzelner beruhen und unter dem Schutze des öffentlichen Rechts oder des Privatrechts stehen, ist der Natur der Sache nach auch auf das Rechtsverhältniß des zweiten jener Bestandtheile, des vom fließenden Wasser eingenommenen Areals (**alveus**) von Einfluß. Thatsächliche Verfügungen über dieses Areal sind unbeschadet der Benutz-

ungsrechte an dem darüber hinströmenden Wasser zulässig (z. B. durch Benutzung des im Flußbett befindlichen Erdreiches, Sandes und Kieses). Die entgegengesetzte Ansicht von Kori (im Archiv Bd. 10) beruht auf Gesetzstellen des römischen Rechtes, die nach der Meinung des O.-A.-G. nur auf öffentliche, nicht auf die im Privateigenthum befindlichen Flüsse zu beziehen sind, übrigens, wie der Zusammenhang lehrt, nur vom Verluste des Besitzes an denjenigen Grundstücken sprechen, welche der Fluß überströmt hat. Gegenwärtig handelt es sich nicht um den Verlust des Besitzes in Folge der durch das Dazwischentreten des Wassers entzogenen Möglichkeit physischer Einwirkung auf das Grundstück, sondern um das im Grundbuche eingetragene Eigenthum daran, die Erwerbung des letzteren ist nach den Grundsätzen des Gesetzes über die Hypothekenbücher durch die Uebertragung des Besitzes keineswegs bedingt.

In einem Urtheil desselben Gerichts v. J. 1846 heißt es: Die Beleihung „mit den Wasserläuften des Ritterguts" erzeugt kein Eigenthum; es fehlt die res mobilis vel immobilis. Wasser ist zwar ein Stoff, aber kein in allseitig umschließenden Grenzen festgehaltener, zu einem bestimmten Körper gestalteter, somit den Sachen beizählbarer Stoff. Allein wer mit Etwas beliehen ist, soll doch ein ausschließliches (?) Recht an jenem Objecte haben. Man kann aber mit fließendem Wasser gebaren, wie mit einer Sache (?), es in einer bestimmten Stromlinie ausschließlich zu Allem gebrauchen, wozu es sich, abgesehen von dem Jedermann freigegebenen usus innocens, gebrauchen läßt. Die Beleihung mit Wässern hat obgedachte Nutzungsrechte angedeutet[306].

Diese Referate werden zur Genüge beweisen, daß weder

---

306) Ueber Kurhessen vergl. Endemann a. a. O. S. 8.

eine herrschende Doctrin, welche sich der Zustimmung des größeren Theils der angeseheneren Rechtslehrer erfreute, noch eine einigermaßen gleichförmige Praxis in Ansehung unserer Frage in Deutschland vorhanden ist; in dieser Hinsicht ist also kein Hinderniß vorhanden, der oben entwickelten Doctrin des römischen Rechts den ihr gebührenden Einfluß auf die Rechtsübung zu versagen.

§. 20.

Es darf uns endlich auch der Umstand nicht beirren, daß in Besitzurkunden, Kaufbriefen, Lehnscheinen, Flur- und Grundbüchern, Erbbüchern und dergl. von einem Eigenthum an Flüssen und Bächen gesprochen wird. Diese Bezeichnung wird in den seltensten Fällen der Ausdruck für ein in **contradictorio** entschiedenes und festgestelltes Recht sein; sie spricht in der Regel nur die individuelle Auffassung einer einzelnen Person aus und hat sich ungestört und unberührt von der kritischen Sonde von Urkunde zu Urkunde fortgeerbt. Es ist Thatsache, daß in älterer Zeit die Natur des Eigenthums nicht als scharf begränzter Begriff erfaßt und bewahrt, und Alles, was zum Vermögen Jemands gehörte, als Eigenthum bezeichnet wurde, wie dies noch im Preuß. Landr. I. 8 §. 1 und im Oesterr. Gesetzb. Art. 353 geschieht[307]). Es liegt gar nicht fern, daß in dieser Weise der Name Eigenthum auch bei fließendem Gewässer angewendet wurde, ohne daß man damit die Sache, den Inhalt meinte. Der Name an sich beweist überhaupt nicht das damit bezeichnete Recht. Im gemeinen Leben nicht blos, sondern auch in der Sprache der Beamten, ja selbst bei den Rechtslehrern laufen die Ausdrücke „Eigenthum" — „erb- und eigenthümlich" und ähnliche

---

307) Gerber, Deutsch. Privatr. §. 76.

Bezeichnungen für Rechtsverhältnisse unter, bei denen von eigentlichem Eigenthum nicht die Rede sein kann, z. B. bei Forderungen, bei Wechseln, bei Geistesproducten, Erfindungen, bei Laasgütern u. a. m.; es wird aber keinem Juristen einfallen, zu behaupten, daß darum nun das deutsche Recht ein wirkliches Eigenthum in diesen Fällen anerkenne, es wird Niemanden in den Sinn kommen, aus der Bezeichnung „Eigenthum" Rechtssätze zu deduciren, welche aus dem Begriff des Eigenthums anderwärts entwickelt werden dürfen[308]). Selbst diejenigen, welche von einem Eigenthum an Flüssen und Bächen sprechen, haben niemals es gewagt, die vollen Eigenthumsconsequenzen auf das fließende Wasser anzuwenden. Man wird bei den sogenannten Privatflüssen doch wieder auf die Grundsätze des römischen Rechts über die flum. publ. zurückgreifen müssen, und dann auf gekünstelte Weise

---

308) Große Aehnlichkeit haben die Verhältnisse am fließenden Wasser mit dem Eigenthum an Geisteswerken (literarisches, artistisches E.). Wie der Schöpfer eines geistigen Products, so lange er dasselbe in seinem Kopfe oder in seinem Schreibtische gefangen hält, unbeschränkter Eigenthümer und Beherrscher desselben ist, so erscheint auch der Quellen-Eigenthümer, so lange er das abfließende Wasser in und auf seinem Grundstücke zusammenhält, befugt, beliebig und ausschließlich darüber zu disponiren. Sobald aber der Erstere sein Product einmal in die Welt hinausgelassen und es der Oeffentlichkeit übergeben hat, so wird dasselbe (der Gedanke, die Idee) Gemeingut Aller, die Lust und Gelegenheit haben, es kennen zu lernen; sein Eigen ist es nicht mehr, seine ausschließliche Herrschaft darüber hat aufgehört, — das ist die logische Konsequenz der Veröffentlichung; nur an der Verkörperung oder Versinnlichung seiner Gedanken kann der Autor (und der Verleger) noch gewisse vermögensrechtliche Befugnisse haben. So auch bei dem Wasser, sobald der Quellenbesitzer das abfließende Wasser der natürlichen Freiheit überläßt, zu wandern und zu wallen und ganze Gegenden und Ländern zu durchziehen, so wird es Gemeingut — es dient Allen zum Gebrauche, die Bedürfniß und Gelegenheit haben, es zu benutzen.

ein Rechtsinstitut konstruiren, das zwar den Namen Eigenthum trägt, aber damit eigentlich nichts gemein hat, als den Charakter eines dinglichen Vermögensrechts.

Was insbesondere den Eintrag des Eigenthums an Flüssen und Bächen im Grund- und Hypothekenbuche anlangt, so ist dabei Folgendes in Erwägung zu ziehen. Der Eintrag im Grund- und Hypothekenbuche kann nach seiner Natur, seiner Form und nach seinen vorbereitenden Unterlagen Nichts an dem Inhalte des Rechts ändern, nihil dat novi, er bezeichnet kurz die äußere Seite des Rechts, den inneren Kern der richterlichen Beurtheilung überlassend, z. B. bei Gemeinde- und Staatseigenthum (ob öffentlicher Gebrauch statt findet oder nicht), bei Eigenthum der Kirchen, Pfarreien u. dergl. (wer das eigentliche Eigenthumssubject ist, die Kirche oder die Kirchengemeinde?), ferner rücksichtlich aller aus der Natur des Eigenthums und dem positiven Rechte sich ergebenden Beschränkungen, die weder in Rubr. I noch in Rubr. II eingetragen werden. Hat nun für die Einträge im Grund- und Hypothekenbuche eine richterliche Entscheidung in der Regel nicht zu Grunde gelegen, ist man dabei nur der in der Regierungssphäre oder bei dem höchsten Gerichtshofe gerade beliebten Rechtsansicht gefolgt, so kann auch jener Eintrag des Eigenthums an Flüssen und Bächen nichts weiter beweisen, als daß ein Vermögensrecht, ein dingliches Recht auf Benutzung des Flusses oder Baches vorliegt, dessen Inhalt und Umfang der richterlichen Beurtheilung im Zweifel unterliegt. Wer nun einmal zugesteht, daß das Eigenthum an Flüssen oder Bächen, ungeachtet des Eintrags im Grund- und Hypothekenbuche und obschon Dispositionsbeschränkungen nicht eingetragen sind, doch sehr beschränkt sei und sich auf gewisse Nutzungsrechte reducire, den hindert Nichts, einen Schritt weiter zu gehen und einzuräumen, daß, bei Licht

besehen, wirkliches Eigenthum gar nicht vorhanden sei, sondern nur ein dingliches Nutzungsrecht in Frage steht.

So viel dürfte schließlich fest stehen, daß die sogenannte Eigenthumstheorie für das Wasserrecht einen unversiegbaren Quell von Controversen bildet, und es werden gar Viele darin mit mir übereinstimmen, daß eine feste und einfache, innerlich wohlgegliederte und nach allen Seiten hin konsequent abschließende Doktrin des Wasserrechts nur auf die Theorie des Gemeingebrauchs (Publicität) der fließenden Gewässer gebaut werden kann. Und dahin weist uns auch mit mächtigem Fingerzeige die Natur der Sache. Haften ja doch die fließenden Gewässer nicht an der Scholle — sondern sprengen kraft ureigenen Triebes die Gefangenschaft auf dem Quell-Grundstücke und strömen und wandern durch ganze Strecken und Länder, um auf ihrem von der Natur gebahnten Wege ihre tragende, treibende, erquickende und befruchtende Mission zu erfüllen. Ein solches Element in die Fesseln des Eigenthums schlagen zu wollen, an denen es vermöge seiner Natur ewig rütteln und schütteln muß — das ist ein Verfahren, welches weder im Bereiche der Wissenschaft, noch auf dem Felde der Gesetzgebung zu gedeihlichen Resultaten führen, und insbesondere den erhöheten Ansprüchen der Landwirthschaft und der Industrie, wie sie die Gegenwart erhebt, niemals gerecht werden kann. Davon sind auch die neueren Gesetzgebungen abgekommen, welche meist dem Prinzip des Gemeingebrauchs huldigen. Und wenn auch Einige die Nutzungen der Flüsse und Bäche in erster Linie den Eigenthümern der daran grenzenden Grundstücke einräumen, so ist damit doch kein Eigenthumsrecht gemeint, sondern nur eine Regelung

des Gemeingebrauchs, eine provisorische Vertheilung desselben beabsichtigt; das Vorzugsrecht der Anlieger ist nicht veräußerlich und kann im Fall der Nichtübung auch von Andern, z. B. von den Hinterliegern, geübt werden[309]. Ob die sämmtlichen Grundsätze des römischen Rechts über die fließenden Gewässer noch unseren Anschauungen und Bedürfnissen entsprechen, und in wie weit solche von neuen Legislationen zu adoptiren sein mögen, das sind Fragen, die meiner Aufgabe fern liegen. Mir schwebte nur das Ziel vor, jene Grundsätze übersichtlich darzustellen und aus den Quellen zu begründen. Möge meine Arbeit nicht ganz vergeblich gewesen sein!

---

309) So z. B. in dem Entwurf des Sachs.-Altenburgischen Wassergesetzes, in dem S.-Gothaischen bez. Gesetz.

VI.

Die römischen Naturalobligationen.

Von

Professor **von Scheurl** in Erlangen.

Unser rechtswissenschaftliches Streben würde kein wahrhaft wissenschaftliches sein, wenn es nicht von jenem philosophischen Trieb, der das innerste Wesen der Dinge und ihren innersten Zusammenhang unter einander zu ergründen trachtet, und wenn es nicht ebenso von jenem historischen Triebe beseelt wäre, der nicht ruhen kann, bis er zu klarer Erkenntniß des allmäligen Werdens und Vergehens der Dinge durchgedrungen ist; aber aufgehen darf es nicht in der Neigung, diese Triebe zu befriedigen; die Bedeutung seines besonderen Gegenstandes, des Rechts eben, fordert es von uns, daß wir bei unserem rechtswissenschaftlichen Streben jene Triebe der Absicht unterordnen, durch ihre Befriedigung dem wirklichen Leben zu dienen. Nur eine Rechtswissenschaft, welcher es Ernst mit diesem Dienste ist, wird es auch erreichen, im Leben zu der ihr gebührenden Herrschaft zu gelangen; eine Rechtswissenschaft, die sich mit einem, sei es auch noch so edlen Gedankenspiele begnügen zu dürfen glaubt, wird in demselben Maße, in dem sie dabei dem Leben zu dienen verschmäht, auch der Wirksamkeit auf dasselbe verlustig gehen.

Ist dies wahr, so wird das Ziel unserer rechtswissenschaftlichen Forschungen auch in der Richtung auf die jetzt

so viel besprochenen Naturalobligationen des römischen Rechts kein anderes sein können, als darüber in's Klare zu kommen, ob und in wiefern wir in der römischen Naturalobligation einen Rechtsbegriff von blos geschichtlicher, oder von bleibender, auch für unser heutiges Rechtsleben verwendbarer und werthvoller Bedeutung vor uns haben; das wird der Endzweck sein müssen, zu welchem wir die Entwickelung dieses Rechtsbegriffs bei den Römern, die Geschichte der römischen Naturalobligationen und ihr Verhältniß zu dem Wesen der Obligation an und für sich zu ergründen uns bemühen. In diesem Sinn vornehmlich haben auch nach Savigny's und Puchta's Vorgang mehr oder weniger alle Neueren den Gegenstand dieser Abhandlung bearbeitet; und zur Förderung seiner Behandlung in diesem Sinne beizutragen, ist ebenso der Hauptzweck der Erörterungen, welche ich in den folgenden Blättern der öffentlichen Prüfung unterstellen will. Die Frage nach dem Zusammenhang der naturalis obligatio mit dem jus naturale oder gentium der Römer muß dabei dann offenbar sehr in den Hintergrund treten, und auch die naturalis ratio wird wenigstens nicht Ausgangspunkt der Untersuchung sein können; denn der naturalis ratio muß ein wahrhaft praktisches juristisches Denken sich mehr zu erwehren suchen, als es sich von ihr leiten lassen darf.

Als Ergebniß meiner Beschäftigung mit den römischen Naturalobligationen stellt sich mir jetzt Folgendes dar. Sie sind im Ganzen Erzeugnisse einer unvollendet gebliebenen Entwicklung des römischen Rechts, deren Vollendung dazu geführt haben würde, sie als civiles obligatines gelten zu lassen, mit andern Worten: den Gegensatz zwischen civiles und (tantum) naturales obligationes völlig aufzugeben; nur einzelne, von der römischen Jurisprudenz damit in Verbindung gesetzte Rechtssätze würden, losgelöst davon, sich in Anwen-

dung erhalten haben. Die **naturalis obligatio** als eigenes Rechtsinstitut hatte die Bestimmung, beim Zusammenstoß eines im Absterben und eines im Werden begriffenen Rechts zwischen den entgegengesetzten Ansprüchen dieser beiden Rechte zu vermitteln; der vollständige Sieg des werdenden Rechts über das absterbende mußte also jenes Rechtsinstitut nothwendig zwecklos machen. Für uns ist es insofern in der That zwecklos.

Den Gegensatz zu dieser Anschauung der römischen Naturalobligationen bildet diejenige, von der ich selbst früher ausgieng, wonach sie auf einer allmähligen freieren Entfaltung des Obligationenbegriffs beruht hätten, zu welchem die Klagbarkeit nicht mehr als wesentliches Merkmal gehörte, und wonach also die Vollendung der Rechtsentwicklung in genauer Festhaltung und grundsätzlicher Ausbildung des Gegensatzes zwischen klagbaren und nur klaglosen Obligationen bestünde. Diese letztere Anschauung halte ich jetzt für irrig.

Beides natürlich — die von mir angenommene Richtigkeit jener und die von mir angenommene Unrichtigkeit dieser Anschauung — muß ich nun nachzuweisen und zu begründen suchen.

Beginnen will ich damit, darzulegen, warum ich jetzt nicht mehr als haltbar ansehe, was ich früher selbst geglaubt hatte, daß nämlich die Naturalobligationen der Römer auf einem allmählig zu Geltung gelangten freieren und richtigeren Begriff der Obligation beruhten. Es würde das so zu denken sein, daß ursprünglich nur vermöge einer dem **jus strictum** eigenen Beschränktheit der Auffassung die Klagbarkeit als eine wesentliche Eigenschaft der Obligation angesehen, dann aber vermöge der dem **jus aequum** inwohnenden Freiheit und Biegsamkeit der Rechtsbegriffe anerkannt worden wäre, die Klagbarkeit hänge nicht mit dem Wesen der Obligation zu-

sammen, sie beruhe vielmehr stets auf besonderen Erfordernissen, durch welche das Dasein der Obligation an sich nicht bedingt sei. Der reine Obligationenbegriff wäre demnach eben derjenige der s. g. Naturalobligation, d. h. der rechtlichen Nothwendigkeit einer Leistung von Seiten einer Person an eine andere, ohne geradezu durch eine Klage erzwingbar zu sein; die civilis obligatio oder klagbare Obligation wäre nur eine Obligation von gesteigerter Wirksamkeit. Mit diesem letzten Satze ist freilich der Ansicht, von welcher ich mich jetzt lossage, der schärfste Ausdruck gegeben. Aber in der That läuft es nothwendig auf diesen Satz hinaus, wenn man auch zunächst nur so sagt, wie ich selbst an einem a. O.[1]) gesagt habe: „nach dem jus strictum wird eine Handlung nur als entweder durch Klage erzwingbar, oder vollkommen freiwillig gedacht. Das jus aequum, auf welchem die naturalis obligatio beruht, kennt noch das Dritte, daß die Erfüllung der obligatio rechtlich nothwendig sei, aber nur nicht (geradezu) durch eine Klage bewirkt werden könne.“ Denn unter dem jus aequum denken wir uns doch immer das vollkommener ausgebildete Recht, seine Begriffe als die feineren und reineren Rechtsbegriffe, und so führt dann jener Satz nothwendig zu der Behauptung, daß die eigentliche, reine Obligation diejenige sei, deren Erfüllung nur überhaupt rechtlich nothwendig, nicht durch Klage geradezu erzwingbar sei. Ja, im Grunde liegt schon darin, daß man die Obligationen in klagbare und klaglose eintheilt, und die klaglosen wie die ganze eine Hälfte der Obligationen behandelt, der Gedanke enthalten, als sei nach der richtigen Begriffsbestim-

---

1) (Heidelberger) Krit. Zeitschrift f. d. gesammte Rechtswissenschaft Bd. 1 S. 505.

mung der Obligation die Klagbarkeit Etwas, das außer dem Begriffe der Obligation liegt.

Bei unbefangener Erwägung aber, glaube ich, muß man sagen: eine Veränderung der Rechtsanschauung in der Richtung, daß sie bei irgend einem Rechte die Klagbarkeit als etwas außer seinem Begriffe Liegendes, mithin Gleichgiltiges oder Zufälliges zu betrachten anfienge, könnte nicht als eine Verfeinerung, sondern nur als eine Ausartung bezeichnet werden. Eine gesunde Rechtsanschauung muß es auf dem Gebiete des Privatrechts stets als das wesentlichste Kennzeichen eines wahren Rechts betrachten, daß es klagbar ist; ein Recht ohne Klage kann ihr nie als ein wahres Recht, sondern immer nur als ein rechtsähnliches Ding, eine Art von Recht erscheinen. Es giebt auch in der Geschichte des römischen Rechts sehr viele Beispiele, daß durch Ertheilung von Klagen neue Rechte zum Dasein gelangt sind, und daß die Erweiterung des Begriffs gewisser Rechte vom Standpunkte der aequitas aus mittelst der Einführung von utiles actiones zu Stande gekommen ist; aber es giebt darin, so viel ich mich erinnere, — wenigstens eben von den naturales obligationes abgesehen — kein einziges Beispiel, daß einer nicht klagbar geltend zu machenden Macht einer Person über einen Gegenstand der Name eines Rechts (im technischen Sinne des Worts) beigelegt, ein neues Recht ohne gleichzeitige Ertheilung einer Klage eingeführt worden wäre.

Wo immer es im Lauf der Zeit als rechtlich billig anerkannt wurde, von den strengen Erfordernissen alter Rechtsvorschriften für das Dasein eines Rechts etwas nachzulassen, und mit geringeren Erfordernissen dafür sich zu begnügen, wie beim Eigenthumsrecht mit einer naturalis statt einer civilis acquisitio, mit der Peregrinenrechtsfähigkeit des Erwerbers, mit der allgemeinen rechtlichen Fähigkeit der Sache

zur ausschließlichen Aneignung von Seiten eines Einzelnen, da wurde eben auch das als rechtlich billig anerkannt, dem Erwerber schon beim Gegebensein dieser Erfordernisse eine dingliche Klage auf die Sache gegen jeden Dritten zuzugestehen. Ebenso mußte also die wirkliche Anerkennung, daß Jemanden ein rechtlich billiger Anspruch auf eine fremde Handlung zustehe, eben darin ihren Ausdruck finden, daß ihm eine persönliche Klage auf diese Handlung ertheilt wurde. So kann allerdings der Gläubiger eines filiusfamilias nicht nach dem strengen Recht, sondern nur nach Grundsätzen der Billigkeit fordern, daß ihn der Vater befriedige, soweit derselbe sich dazu die Mittel durch ademtio peculii verschaffen kann; aber die wirkliche Anerkennung dieser Billigkeit sprach sich eben in der Gewährung der actio de peculio aus. Und deshalb wird man nicht umhin können, daraus, daß dem, welcher einem Sklaven etwas zu kaufen gegeben hatte, nach der Freilassung desselben keine Klage gegen ihn auf Zahlung des Kaufpreises gegeben wurde, zu schließen, daß es eben zu voller, wahrer Anerkennung der rechtlichen Billigkeit des Anspruchs auf Zahlung des Kaufpreises gegen den Freigelassenen, welchem als Sklaven und eben deswegen durch ein in Beziehung auf ihn rechtsungültiges Geschäft eine Waare zu kaufen gegeben worden, niemals bei den Römern gekommen sei. Man muß doch immer gemeint haben, es sei kein recht billiger Anspruch, daß der Freigelassene diese Zahlung leisten solle; sonst würde man dem Verkäufer auch eine Klage gegen ihn gegeben haben; es wäre nicht abzusehen, warum man dieses sonst nicht gethan hätte.

Vielleicht wird man mir Quellenstellen, wie Gaj. III §. 119 (ne illud quidem interest, utrum civilis an naturalis obligatio sit, cui fidejussor adjiciatur).

L. 2 D. de pign. 20, 1 (Res hypothecae dari posse sci-

endum est pro quacunque obligatione ... vel pro civili obligatione, vel honoraria, vel tantum naturali) u. a.

entgegenhalten, aus welchen sich deutlich ergebe, daß selbst schon ältere klassische Juristen die naturalis obligatio nur als eine besondere species der obligatio überhaupt behandeln, und eben dadurch sich zu einem Begriff der obligatio bekennen, zu dessen Merkmalen die Klagbarkeit nicht gehöre. Ich kann aber diese Argumentation nicht richtiger finden, als es die wäre, mittelst welcher man etwa beweisen wollte, ein Jurist, der sage, in Beziehung auf gewisse Wirkungen stehe die Putativehe der rechtsgültig geschlossenen Ehe gleich, bekenne sich dadurch zu einem Rechtsbegriff der Ehe, welcher die Rechtsgültigkeit nicht unter seinen Merkmalen begreife. Jene Stellen scheinen mir keinen andern Sinn zu haben, als den, daß unter das genus persönlicher Rechtsverhältnisse, welche die Form von Obligationen haben, die civilis obligatio und die naturalis obligatio als coordinirte Species gehören. Als eine Art von Obligation, als obligationenähnliches Verhältniß, als Quasi-Obligation wird die naturalis obligatio von den römischen Juristen anerkannt: das kann kein vernünftiger Mensch bestreiten. Aber ob sie als vera obligatio von ihnen betrachtet werde, als ein dem Rechtsbegriff der Obligation wirklich entsprechendes Verhältniß, das ist die Frage, für deren Bejahung man sich auf jene Stellen gewiß nicht berufen kann. Wenn dagegen z. B. Ulpian in der bekannten L. 14 D. de obl. et act. 44, 7 sich so ausdrückt: Servi ex delictis quidem obligantur, et si manumittantur, obligati remanent; ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant, so wird sich kaum verkennen lassen, daß er mit dieser Ausdrucksweise nur die civilis obli-

gatio als eine vera, die naturalis obligatio blos als eine uneigentliche, als eine quasiobligatio anerkenne. Am deutlichsten sagt das derselbe Ulpian in L. 41 de peculio (15, 1):

> Nec servus quidquam debere potest, nec servo potest deberi. Sed quum eo verbo abutimur, factum potius demonstramus, quam ad jus civile referimus obligationem.

Während nun aber diese Quellenstelle, auch wenn ihr nicht andere ähnliche zur Seite stünden, welche ich hier übergehe, bei scharfer Beachtung zu überzeugen geeignet ist, daß die römische Jurisprudenz niemals in der Naturalobligation die Darstellung des reinen Rechtsbegriffs der obligatio gefunden hat, haben freilich andererseits die römischen Juristen dadurch selbst dieser von mir jetzt bekämpften Auffassung der Naturalobligation Vorschub geleistet, daß sie echte und unechte Naturalobligationen, ohne Bemerkung des Unterschieds zwischen denselben, zusammengestellt, ich möchte sagen mit einander zusammengeworfen haben, nämlich einmal Obligationen, aus welchen nicht geklagt werden kann, weil sie keine wahren Obligationen sind, weil sie im Auge des Rechts von jeher ein bloses Scheindasein gehabt, oder jetzt nur noch ein solches haben, und dann Obligationen, welche nur darum keine wahren Obligationen sind, oder es zu sein aufgehört haben, weil in bestimmter Weise die Klage daraus versagt wird, oder verloren gegangen ist. In der That ist dieser Unterschied in den Fällen der letzteren Art, welche wir in den Quellen mit den echten Naturalobligationen zusammengestellt finden, ohne praktischen Werth; dies erklärt und rechtfertigt seine Außerachtlassung von Seiten der römischen Juristen. Aber er ist in theoretischer Beziehung von großer Bedeutung, wie ich dies nun zeigen will.

Die zum Begriff des Forderungsrechts, wie eines jeden Rechts, erforderliche Klagbarkeit ist auch dann vorhanden, wenn dem Berechtigten blos die Befugniß zur Ausübung des Klagerechts fehlt. Denken wir uns, ein Darlehensvertrag würde mit der Nebenverabredung abgeschlossen, daß der Darlehensgeber zwar das Darlehen zu kündigen, aber nie befugt sein solle, von seinem Klagerecht gegen den Darlehnsempfänger oder seine Erben durch Anstellung einer gerichtlichen Darlehensklage Gebrauch zu machen [2]), so würde dies gewiß im Uebrigen auf den Inhalt und die rechtliche Wirksamkeit der aus jenem Darlehensgeschäft erwachsenden Obligation keinen Einfluß haben. Es würde z. B. ohne Zweifel, wenn das Darlehen zugleich unverzinslich gegeben wäre, der Schuldner (nach heutigem Recht nämlich) von dem Augenblick an, wo er trotz einer justa interpellatio des Gläubigers mit der Rückzahlung des Darlehens säumte, Verzugszinsen schuldig werden. Die Obligation wäre eine civilis, keine tantum naturalis obligatio, ein dem Rechtsbegriff der Obligation vollkommen entsprechendes Schuldverhältniß.

Weder konnte, noch wollte das SC. Macedonianum die Entstehung einer condictio aus dem einem filiusfamilias gegebenen Gelddarlehen verhindern; es bestimmte nur, daß dem Darleiher die Ausübung dieses Klagrechts nicht gestattet werden solle (ne cui, qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset — actio petitioque daretur). Es machte also eine solche Darlehensobligation keineswegs zu einer im eigentlichen Sinne klaglosen Obligation. Freilich aber war dabei die Absicht die, in dieser Form dem Darleiher nicht

2) Offenbar wäre dieses etwas ganz Anderes, als ein pactum de non petendo; es wäre ein pactum, ne ea pecunia per actionem petatur.

nur die Ausübung seines Klagerechts, sondern auch jede Ausübung seines Forderungsrechts zu entziehen; jedenfalls wurde das Gesetz so verstanden und angewendet. Und insofern konnte nun eine derartige Obligation mit Recht den naturalen Sklavenobligationen gleichgestellt werden, obwohl sie an sich fortwährend eine **civilis obligatio**, eine wirklich klagbare Obligation mit blos gelähmtem (Forderungs- und) Klagerecht war.

Nun ist es ganz richtig, daß zum Begriff der Obligation nicht die Wirksamkeit des darin enthaltenen Klagerechts gehört, daß man ferner in einem gewissen Sinn eine Obligation ohne wirksames Klagerecht eine klaglose oder nicht klagbare nennen, und insofern also dann behaupten kann, nach richtigen Begriffen sei die Klagbarkeit keine wesentliche Eigenschaft der Obligation. Betrachtet man dann weiter schon die Klaglosigkeit in diesem Sinn (wie sie eben bei der Obligation aus dem einem **filiusfamilias** gegebenen Gelddarlehen nach dem **SC. Macedonianum** sich findet) in Verbindung mit **soluti retentio**, Gültigkeit der **fidejussio** dafür u. s. w. als wesentliches Kennzeichen einer **tantum naturalis obligatio**, so muß man allerdings in dieser die Darstellung des reinen Obligationenbegriffs erblicken, und kann sich dann dafür mit einigem Schein auf die Quellen berufen.

Man verkennt dann aber eben das wahre Wesen der Naturalobligation. Dieses besteht keineswegs darin, daß dem Gläubiger nur kein, wenigstens kein wirksames Klagerecht zusteht, und deshalb die Obligation jede sonstige rechtliche Wirksamkeit hat, die einer Obligation zukommt, — wenn nicht etwa eine gewisse Art derselben aus einem besonderen Grunde ihr ebenfalls mangelt —; sondern es besteht darin: ein Verhältniß in Obligationenform ohne Forderungsrecht des Gläubigers und ohne rechtliche Verbindlichkeit des

Schuldners zu sein, dem aber vom Recht die Fähigkeit beigelegt ist, durch Anerkennung der darin enthaltenen Verbindlichkeit als einer rechtlichen, die von dem Klagerecht unabhängige rechtliche Wirksamkeit einer wahren Obligation zu gewinnen.

Man hat neuerdings für das positive Wesen der Naturalobligation in dem Worte „Zahlbarkeit“ einen möglichst einfachen Ausdruck zu finden gesucht; ich würde dafür das Wort „Anerkennbarkeit“ vorschlagen.

Es fehlt bei der Naturalobligation nur an der actio, nicht an der solvendi causa, sagte man; die freiwillige Leistung des Geschuldeten hat darum bei ihr die rechtliche Bedeutung der Zahlung, der solutio; sie ist zahlbar.

Sehen wir recht genau zu, was damit wirklich gesagt ist! Eine Leistung heißt solutio, insofern dadurch eine obligatio, ein rechtliches Band zwischen dem Empfänger und dem, welcher leistet, sich löst; oder, wenn wir es ohne Bild ausdrücken wollen, insofern damit dem Empfänger eine Schuld abgetragen, ihm gewährt wird, was er von dem Leistenden zu fordern berechtigt ist. Es besteht eine solvendi causa, heißt mithin nichts Anderes, als es besteht ein Grund für eine Leistung, vermöge dessen sie nothwendig ist, um ein Rechtsband zwischen dem Empfänger und dem Leistenden zu lösen: die Leistung ist Gegenstand einer obligatio. Also ist damit, daß gesagt wird: es fehlt bei der Naturalobligation nicht an der solvendi causa, oder sie ist zahlbar, genau dasselbe gesagt, wie wenn man sagte: die Naturalobligation ist eine Obligation. Erklärt ist damit nicht das Allermindeste, sondern nur das zu Erklärende umschrieben.

Soll damit gesagt werden: es ist bei der Naturalobligation zwar das debitum kein eigentliches debitum, es wird nur abusive debitum genannt, ohne die rechtliche Bedeu-

tung eines debitum zu haben, aber die Zahlung ist dabei eigentliche Zahlung, hat die volle rechtliche Bedeutung der solutio, so ist das eben falsch. Eben weil das debitum hier nur abusive debitum genannt wird, trägt auch die Erfüllung desselben nur abusive den Namen der Zahlung oder solutio. Insofern eine Leistung eine freiwillige ist, kann sie nicht die rechtliche Bedeutung einer Zahlung haben, und insofern sie die rechtliche Bedeutung einer Zahlung hat, kann sie keine freiwillige gewesen sein, sondern nur eine rechtlich nothwendige. Was aber kraft rechtlicher Nothwendigkeit Jemanden zu leisten ist, das ist er eben deswegen zu fordern berechtigt, und was Jemand zu fordern berechtigt ist, darauf kann er nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen klagen. Wo also eine wahre solvendi causa besteht, muß auch eine actio bestehen, und wo es an der actio fehlt, fehlt es eben deshalb auch an einer wahren solvendi causa. Eine Leistung, auf welche von Rechtswegen (nicht vermöge bloßer Uebereinkunft) nicht geklagt werden kann, kann eben deshalb an sich nicht die rechtliche Bedeutung einer Zahlung haben. Insofern eine Obligation nicht klagbar ist, ist sie eo ipso auch nicht zahlbar, kann sie nur in einem uneigentlichen Sinn zahlbar genannt werden. Nur wenn wir wissen, in welchem Sinn die Naturalobligation Obligation ist, wissen wir, in welchem Sinn sie zahlbar ist, und nur wenn wir Letzteres wissen, wissen wir wirklich etwas damit, daß wir wissen, sie sei zahlbar.

Warum hat denn bei der Naturalobligation die uneigentliche Zahlung, welche durch ihre Erfüllung erfolgt, die rechtliche Bedeutung einer Zahlung? — so müssen wir fragen, wenn wir wirklich in unserer Erkenntniß gefördert werden, und uns nicht mit bloßen Worten für die mangelnden Begriffe wollen abfinden lassen.

Darin, daß eine Leistung von dem Leistenden als Zahl-

ung bezeichnet wird, liegt die Anerkennung einer Verbindlichkeit zur Leistung. Anerkennung einer Verbindlichkeit ist aber nur das Zugeständniß, daß man diese Verbindlichkeit auf sich habe, nicht Erklärung eines Willens, sich verbindlich zu machen; es wäre nur Simulation, wenn dieser Wille in Form der Anerkennung ausgesprochen würde. Die Anerkennung als solche kann also eine Verbindlichkeit nicht schaffen, sondern nur für eine wirklich bestehende Verbindlichkeit dem Forderungsberechtigten ein Beweismittel liefern, aber eben dadurch zwar kein Forderungsrecht ihm verschaffen, wenn er ein solches nicht hat, aber wenn er ein solches hat, seine Lage verbessern, ja so gar, wenn er kein Forderungsrecht hat, in gewissen Beziehungen ihn in die Lage versetzen, als wenn er ein solches hätte. Es kann für ihn die in der Leistung liegende Anerkennung einer Verbindlichkeit zur Leistung dieser nachträglich die rechtliche Bedeutung einer Zahlung verschaffen, insofern er nun stets eine Behauptung dessen, der ihm geleistet hatte, daß sie keine Zahlung, sondern eine grundlose, ohne Verbindlichkeit gwährte Leistung gewesen sei, mit der Berufung auf dessen eigenes Anerkenntniß der Verbindlichkeit zur Leistung zurückweisen kann. Freilich läßt das römische Recht ganz der Billigkeit gemäß das nicht gelten, wenn der, welcher geleistet hatte, beweisen kann, daß sein Anerkenntniß einer Verbindlichkeit zu leisten, auf einem entschuldbaren Irrthum beruhte. Wiederum ist es aber nur der Billigkeit gemäß, daß es auch, wo diese Voraussetzung gegeben ist, gleichwohl die Anerkennung dem Empfänger der Leistung zu gute kommen, und ihr für ihn unwiderruflich die rechtliche Bedeutung einer Zahlung gegeben haben läßt, wenn ungeachtet des entschuldbaren Irrthums des Leistenden über die Entstehungsthatsache seiner Verbindlichkeit zur Leistung dennoch eine eigentliche Ver-

bindlichkeit zu dieser nach der in der bürgerlichen Gesellschaft herrschenden Anschauung wirklich bestand.

Der Patron zahlte seinem Freigelassenen eine Geldsumme, die sein Vormund für ihn von demselben aus dessen Peculium, da er noch sein Sklave war, darlehensweise empfangen hatte, mit der Erklärung, damit eine Schuld an ihn abtragen zu wollen. Nachher wollte er diese Summe von dem Empfänger wieder zurück haben, weil er nicht verbunden gewesen sei, sie ihm zu zahlen. Derselbe entgegnete: Du hast ja selbst anerkannt, sie mir schuldig zu sein. Allerdings, erwiederte der Patron, aber nur weil ich irrigerweise auf Deine Versicherung hin geglaubt hatte, Du habest diese Summe erst nach Deiner Freilassung meinem Vormund für mich darlehensweise gegeben; ich kann jetzt beweisen, daß sie mein Vormund für mich schon, als Du noch Sklave warest, von Dir empfangen hatte. „Das hält Jedermann im gemeinen Leben für eine wirkliche Schuld, die hieraus für Dich mir gegenüber erwachsen ist," konnte der Freigelassene antworten; „Deine Anerkennung muß mir zu gute kommen, ungeachtet des dabei im Spiel gewesenen Irrthums. Deine Verbindlichkeit mag keine rechtliche im juristischen Sinn des Worts gewesen sein, aber sie war anerkennbar; ihre Anerkennung von Deiner Seite hat Deiner Zahlung für mich die rechtliche Bedeutung einer Zahlung gegeben."

Fidejussio, novatio, constitutum, Verpfändung: alle diese Rechtsgeschäfte enthalten wesentlich die freiwillige A n e r k e n n u n g einer bestehenden Verbindlichkeit als einer rechtlichen, ohne den Willen, sie erst zu schaffen, lediglich vielmehr beruhend auf der Voraussetzung, daß sie wirklich bestehe. Besteht sie also überall nicht, so entbehren jene Rechtsgeschäfte nothwendig aller Wirksamkeit. Aber das Recht kann bestimmen, daß eine „wirkliche," eine naturale Verbindlichkeit,

die nur keine rechtsgültige ist, durch freiwillige Anerkennung in dieser Form vermöge der Rechtsgültigkeit der dieselbe so anerkennenden Rechtsgeschäfte eine mittelbare rechtliche Wirksamkeit gewinne.

In diesem Sinne nenne ich die naturales obligationes, für welche das römische Recht die Erfüllung als Zahlung, die fidejussio als fidejussio, die novatio als novatio, das constitutum als constitutum, die Verpfändung als Verpfändung gelten läßt, „anerkennbare" Obligationen. Die obligatio, über welche ein pactum perpetuum de non petendo abgeschlossen worden, oder die eine von dem SC. Vellejanum betroffene Intercession ist, — das sind auch Obligationen der Form nach, aber nicht anerkennbare Verbindlichkeiten; die Anerkennung hat bei ihnen nie die Wirkungen, welche sie bei naturales obligationes hat.

Ich behaupte also, die den naturales obligationes nach römischem Recht zukommende Rechtswirksamkeit ist durchaus eine ihnen nicht an sich zukommende, sondern durch Anerkennung vermittelte.

Diese Behauptung scheint nun freilich sehr leicht durch die Hinweisung darauf widerlegt werden zu können, daß für naturales obligationes dem Gläubiger bei der actio de peculio die deductio und überall (im neuesten Recht) das Compensationsrecht zusteht. Darin scheint doch eine denselben an sich zukommende rechtliche Wirksamkeit erblickt werden zu müssen. Es mag auf den ersten Blick als ein bloßer Kunstgriff erscheinen, wodurch ich diesem Einwand nur ausbeugen wolle, wenn ich sage: weil die naturales obligationes anerkennbar sind, kann der Gläubiger, wenn er von einem Gläubiger seines Naturalschuldners oder von einem eigenen Gläubiger belangt wird, fordern, daß er sie anerkenne. Man möchte vielleicht erwiedern: dann ließe sich

aus der Anerkennbarkeit der Naturalobligation ebenso gut folgern, es müßte der Gläubiger von dem Schuldner Anerkennung derselben durch Zahlung fordern können.

Man bedenke es sich aber nur genauer: was mittelst der deductio und der Ausübung des Compensationsrechts gefordert wird, ist ja in der That nicht Zahlung, sondern nur Anerkennung, Beschränkung des Klagbegehrens wegen Anerkennung der zur deductio oder compensatio gebrauchten Obligationen. Diese Rechte sind unabhängig von der Befugniß, Zahlung zu fordern: das beweist auch der Umstand, daß der bonorum emtor mit vollständiger deductio dessen klagen muß, was dem Beklagten defraudatoris nomine debetur (Gaj. IV §. 65), obwohl vollständige Zahlung desselben von ihm nicht gefordert werden darf.

Ich gebe zu, daß man sicherlich auf Zulassung der deductio von naturalen Peculiarschulden bei der actio de peculio nicht durch jene Schlußfolgerung aus der „Anerkennbarkeit" der Naturalobligationen gekommen ist. Es lag an sich nahe genug, es billig zu finden, daß Peculiarschulden an den, welchem das peculium gehört, trotz ihrer formellen rechtlichen Ungültigkeit bei Berechnung des Betrags des Peculiums außer Ansatz zu bleiben hätten, und man ist vielleicht auch lediglich von da aus zur Anerkennung der allgemeinen Compensabilität der Naturalobligationen insgemein gelangt. Allein die Theorie darf, wie mir scheint, unbedenklich Beides auf die Anerkennbarkeit der Naturalobligationen zurückführen.

Schwanert hat es schon ganz richtig erkannt und ausgeführt, daß die Naturalobligation nicht nur kein Klagerecht, sondern auch kein Forderungsrecht enthalte; aber er faßt das doch so auf, als wenn sie nur darum kein Forderungsrecht enthielte, weil es ihr an der Klagbarkeit fehlt,

und sucht die **rechtliche** Natur der **Verbindlichkeit** in der Naturalobligation durch die **solvendi causa** aufrecht zu erhalten. Ich behaupte aber: die Naturalobligation enthält kein Klagerecht, weil sie weder ein Forderungsrecht, noch irgend welche rechtliche Verbindlichkeit in sich trägt. Ich meine, man kann sich das am einfachsten klar machen, indem man sich fragt, ob bei irgend welcher Naturalobligation die Unterlassung der Erfüllung, oder auch nur die Zurückweisung der Zahlungsanforderung von Seiten des Gläubigers als eine Rechtsverletzung, als ein widerrechtliches Verhalten angesehen werden dürfe, ob sie nicht vielmehr als vollkommen berechtigt anerkannt werden müsse? Es versteht sich von selbst, daß man dabei nur rechtliche und sittliche Freiheit wohl aus einander halten muß, obgleich zuweilen auch nicht einmal die sittliche Verbindlichkeit zur Erfüllung einer Naturalobligation (im römischrechtlichen Sinn des Worts) zu behaupten sein wird.

Es läßt sich aber auch für einzelne Naturalobligationen und zwar besonders für die im römischen Rechtsleben wichtigsten, zuweilen den Ursprung des ganzen Rechtsinstituts in sich tragenden leicht nachweisen, wie unhaltbar der Gedanke ist, daß das Hinderniß ihrer Anerkennung als **civiles obligationes** nur, oder wenigstens zunächst auf die Klagbarkeit sich bezogen habe.

Daß Sklaven nicht klagen und nicht belangt werden können, hat mit der Behandlung ihrer aktiven und passiven Geschäftsobligationen als **tantum naturales obligationes** offenbar nichts zu schaffen, wie nicht sowohl aus der Anerkennung ihrer passiven Deliktsobligationen als **civiles obligationes**, — womit es seine eigenthümliche Bewandniß gehabt haben dürfte —, wohl aber daraus erhellt, — worauf auch die **Möglichkeit** der Behandlung der Deliktsobligationen der Sklaven als Civilobligationen beruht —, daß ja augenschein-

lich, wie schon beiläufig erwähnt wurde, nichts im Wege gestanden hätte, nach ihrer Freilassung Klagen daraus gegen sie zu geben und ihnen zu gewähren. Der wahre Grund lag vielmehr darin, daß Sklaven jedes Rechtsverhältnisses, auch eines solchen schlechthin unfähig sind, bei welchem von Klagbarkeit gar nicht die Rede sein kann, wie bei der Ehe. Es ist ganz undenkbar, daß ein mit einem Sklaven abgeschlossenes Rechtsgeschäft für ihn ein Rechtsverhältniß erzeuge; es ist nur denkbar, daß sein Delikt gegen seinen Herrn eine Noralklage erzeuge, und daß diese dann, weil sie caput sequitur, nach der Freilassung passiv auf den ehemaligen Sklaven übergehe.

Nicht minder ist es schlechthin undenkbar, daß ein rechtliches Schuldverhältniß zwischen Personen entstehe, wovon die eine mit ihrer ganzen Persönlichkeit in dem Gewaltrecht der andern sich befindet; denn das Wesen des rechtlichen Schuldverhältnisses besteht eben darin, daß Gläubiger und Schuldner sich im Ganzen als vollkommen Gleichberechtigte gegenüberstehen, und nur in Beziehung auf eine einzelne Handlung die persönliche Freiheit des Schuldners zu Gunsten des Gläubigers rechtlich beschränkt ist. Deshalb kann niemals der Vater gegen das Kind, oder das Kind gegen den Vater aus einem zwischen ihnen während der Dauer der patria potestas vorgekommenen Geschäft klagen; nicht weil sie während der Dauer der patria potestas gegen einander nicht klagen können, entstehen aus solchen Geschäften keine civiles obligationes.

Ferner: capite deminutus desinit jure civili debere nobis (Gaj. IV §. 38), seine obligationes, die nicht naturalem praestationem habere intelliguntur, pereunt (L. 8 D. de cap. min. 5, 5), weil er civili ratione überhaupt (als der er war, wenigstens) nicht mehr existirt.

Seiner Belangung stünde, wenn er nicht eine maxima capitis deminutio erlitten hatte, nicht das Allermindeste im Wege.

Desgleichen: tollitur, nicht blos actio, sondern obligatio litis contestatione: obligatio principalis dissolvitur, weil er incipit teneri litis contestatione (Gaj. III §. 180); darum kann er aus dieser principalis obligatio nach der Litiscontestation nicht mehr belangt werden. Aber das Forderungsrecht selbst kann nach der Litiscontestation nur noch als in der obligatio condemnari oportere, nicht als außer derselben bestehend gedacht werden. Hätte man in den Quellen keine anderen tantum naturales obligationes erwähnt gefunden, als die Sklavenobligationen, die Obligationen zwischen Vater und Hauskind, die nach der capitis deminutio „bleibende" Obligation, so würde vielleicht Niemand darauf gekommen sein, die praktische Bedeutung des Gegensatzes zwischen civiles und naturales obligationes darein zu setzen, daß, wie es Puchta (der herrschenden Auffassung gemäß sehr treffend) in seinen Pandekten §. 238 ausdrückte, „der Wirksamkeit mancher Obligationen Gründe entgegenstehen, welchen Genüge gethan wird, indem das Recht dem Gläubiger die vornehmste und wirksamste Geltendmachung der Forderung, die Klage entzieht." Aber schon die nach der Litiscontestation noch anerkannte naturalis obligatio (principalis), noch mehr die naturalis obligatio des filiusfamilias ex mutuo, die naturalis obligatio, welche das Edictum „Quod quisque juris" stehen läßt, die wenigstens meist angenommenen naturales obligationes nach der Klagenverjährung und aus dem nudum pactum machen es — in Verbindung mit der bekannten Aeußerung des Theophilus — sehr erklärlich, daß man den Begriff der Naturalobligation von seiner negativen

Seite durch den bloßen Mangel des Klagerechts für erschöpft hielt, und dann daraus weiter folgerte.

Darüber ist man jetzt wohl so ziemlich einverstanden, daß die Geschäftsobligationen der Sklaven und die Obligationen zwischen Gewalthabern und ihrem Gewaltrecht unterworfenen Personen die ursprünglichen Naturalobligationen der Römer sind. Daraus folgt dann auch, daß sie die echtesten Naturalobligationen sind, wenn überhaupt zwischen echten und unechten zu unterscheiden sein sollte. Es wird daher jedenfalls am sichersten sein, wenn wir aus ihnen den Begriff der Naturalobligation uns zu bilden suchen.

Es sind das, wie ich vorhin ausgeführt habe, Obligationen, die nothwendiger Weise von Rechtswegen nichtig sind. Insofern aber haben sie vollständig die Form von Obligationen, als bei ihrer Behandlung als naturales obligationes vorausgesetzt wird, daß es bei ihnen in Beziehung auf den Gegenstand und die causa (obligandi) an nichts mangelt, als an der Rechtsfähigkeit oder an der rechtlichen Stellung ihrer Subjekte zu einander. Insofern also sind sie „wirkliche" Obligationen, persönliche Verhältnisse, welche die Natur von Obligationen an sich tragen, naturales obligationes. Es mußte sich den Juristen aufdrängen, daß die Rechtssätze und Rechtsbegriffe, welche allein ihrer Rechtsgeltung im Weg stunden, dem römischen Volk ausschließlich eigen waren, oder doch bei andern Völkern fehlen, beim römischen Volke selbst sich ändern konnten. Der Rechtsbegriff der Obligation selbst konnte sich nicht so ändern, daß jene Rechtssätze, wenn sie stehen blieben, die Rechtsgültigkeit der fraglichen Obligationen nicht mehr gehindert hätten; aber dadurch, daß die Rechtsbestimmungen über die Rechtsunfähigkeit der Sklaven und über die hausväterliche Gewalt ihre Kraft verloren, oder auch nur so wesent-

liche Modifikationen erlitten, daß Sklaven überhaupt Rechtssubjekte sein, daß Hausväter und ihrem Recht unterstellte Personen gegen einander forderungsberechtigt und zu einzelnen Leistungen von Vermögenswerth rechtlich verpflichtet werden konnten, mußten jene Obligationen — ohne Veränderung des Obligationenbegriffs — rechtsgültig werden.

Selbstverständlich dürfen wir bei dem Versuch einer Begriffsbestimmung der Naturalobligation auf die rechtliche Nichtigkeit jener bestimmten Naturalobligationen, d. h. ihre Ungültigkeit ipso jure kein entscheidendes Gewicht legen: es muß gewiß auch die rechtliche Ungültigkeit ope exceptionis zum Begriff der tantum naturalis obligatio genügen. Sollen wir aber andererseits es als genügend für die naturalis obligatio ansehen, daß die Rechtsbestimmung, worauf die rechtliche Ungültigkeit einer Obligation beruht, von wandelbarer Beschaffenheit ist? Davon müßte uns schon der Gedanke an das SC. Vellejanum abhalten, bei dem gewiß diese Beschaffenheit sehr augenscheinlich ist, und das doch die römischen Juristen für vollkommen genügend hielten, wo es gegen eine obligatio Exceptionsschutz gewährte, auch ihre Geltung als Naturalobligation auszuschließen.

Die Rechtssätze, welche — nicht dem Obligationenrechte selbst, sondern dem Personenrechte angehörend — die rechtliche Nichtigkeit jener ursprünglichen Naturalobligationen bedingten, ließen sich daran als in einem besondern Sinne „wandelbar" erkennen, daß sie bei dem stets zunehmenden Kampfe, den sie mit den Anforderungen nicht sowohl der Billigkeit, als vielmehr des socialen Lebens und seiner Sitten zu bestehen hatten, mehr und mehr sich biegen und schmiegen, bedeutende Modifikationen sich gefallen lassen mußten, und also voraussichtlich am Ende einer wesentlichen Umbildung, wenn nicht Aufhebung entgegengingen. Daß Sklaven keine Personen und

filiifamilias ihren Vätern gegenüber nur persönliche Rechtsobjekte seien, das waren doch schon frühzeitig so zu sagen nur juristische Glaubensartikel, welche bei der Art und Weise, wie sich die Sklaven im Geschäftsleben bewegten, und wie Väter und erwachsene filiifamilias mit einander lebten, mehr und mehr aufhören mußten, dem gemeinen Vorstand geläufig zu sein.

Noch mehr dürfte es schon in ziemlich früher Zeit juristischer Belehrung für den gemeinen Mann bedurft haben, um zu wissen, daß jede **capitis diminutio** juristisches Sterben sei, und daß dadurch der Untergang der Obligationen des **capite minutus** bewirkt werde. Auch der Rechtsbegriff der **capitis diminutio** war ein mehr und mehr der gesellschaftlichen Auffassung der treffenden Verhältnissen erliegender.

Ein nicht minder schon frühzeitig der nichtjuristischen Geschäftswelt in Rom fremder Rechtssatz wird der gewesen sein, daß durch die Litiscontestation die ursprüngliche Obligation aufgehoben werde.

Im neuesten römischen Recht hat die **capitis diminutio** in der That nur noch nominelle Bedeutung; von einer Aufhebung der ursprünglichen Obligation durch Litiscontestation wissen Justinian's Institutionen nichts mehr. So also scheint der Begriff der **naturalis obligatio** zu bestimmen zu sein: es ist ein Schuldverhältniß, das rechtsungültig ist, aber nur vermöge solcher, nicht dem Obligationenrecht selbst angehörender Rechtsbestimmungen, welche im Kampf mit dem socialen Leben und seiner Sitte, mit der gemeinen nichtjuristischen Auffassung der Verhältnisse, und darum in allmähligem Absterben begriffen sind. So lang die Jurisprudenz und die Jurisdiktion von solchen Rechtssätzen sich doch noch nicht lossagen konnte, insofern sie namentlich außer dem Gebiete des Obligationsrechts noch im wirklichen Leben Wur-

zeln hatten, fand sie sich mit dem wirklichen Leben und dem gemeinen Verstand durch Behandlung jener rechtsungültigen Obligationen als „anerkennbarer“ ab.

Aber wie paßt der Begriff auf die naturalis obligatio aus dem von einem filiusfamilias gegen das SC. Macedonianum aufgenommenen Gelddarlehen? Das negative Erforderniß der obligatio naturalis findet sich bei dieser Obligation, insofern sie, wo nur das SC. Macedonianum wirklich anwendbar darauf war, so wenig ein Forderungsrecht des Gläubigers enthielt, als die Obligation, welche Jemand durch einen Contrakt mit einem Sklaven formell contrahirt hatte; daß dort doch wirklich civilis obligatio entstund, und mit ihr auch ein Klagrecht für den Darlehnsgeber, das er nur nicht wirksam sollte ausüben können, davon läßt sich absehen, weil ihm eben auch kein wirksames Forderungsrecht bleiben sollte.

Aber offenbar fehlt es hier an dem von mir angenommenen positiven Erforderniß der naturalis obligatio: daß der die Rechtsungültigkeit der obligatio bedingende Rechtssatz ein mit dem lebendigen Rechtsbewußtsein des Volks in Widerstreit stehender sei; denn nicht mit der wahren Volkssitte, sondern nur mit einer allgemein anerkannten Unsitte lag das SC. Macedonianum im Streite.

Nicht weil diese Obligation eine naturalis obligatio an und für sich war, sondern weil ihre Behandlung als solche der Absicht des Gesetzes selbst entsprach, wurde sie als naturalis obligatio behandelt. Und es wies überdies auf diese Behandlung schon der Umstand hin, daß der Name: naturalis obligatio in einem andern, aber sehr gebräuchlichen Sinne desselben ihr zukam; denn sie ist eine Darlehensobligation, und gerade diese Obligation wird unter der naturalis obligatio verstanden, wenn damit eine naturali ratione klag-

bare Obligation bezeichnet werden soll, wie dies Schwanert S. 70 ff. seines Buches über die Naturalobligationen sehr gut nachgewiesen hat.

Die Absicht des SC. Macedonianum war nämlich nur darauf gerichtet, zu verhüten, einmal daß der Darlehensgeber keinen Druck auf den filiusfamilias auszuüben vermöge, dessen Besorgniß diesen bestimmen könnte, den Tod seines Vaters zu wünschen, und zweitens daß auch dem Darlehensgeber selbst der Tod des Vaters keinen Vortheil bringen könne. Deshalb mußte er weder bei Lebzeiten, noch nach dem Tode des Vaters den Darlehensempfänger zur Rückzahlung drängen können; dieser mußte jederzeit berechtigt sein, die Zahlungsforderung des Darlehensgebers zurückzuweisen. Keineswegs aber war es Absicht des Gesetzes, filiifamilias völlig creditlos zu machen, oder auch nur Gelddarlehensgeschäfte mit ihnen absolut zu verhindern. Dies wäre jedoch der Fall gewesen, wenn nicht einmal die freiwillige Rückerstattung des Darlehens als unwiderrufliche Zahlung behandelt worden, wenn auch Verbürgung oder Pfandgebung dafür schlechthin ungültig gewesen wäre. Die Behandlung der obligatio als naturalis obligatio machte es möglich, daß gerade in unbedenklichen Fällen, in Fällen wirklichen Bedürfnisses auch einem filiusfamilias mit Sicherheit Geld dargeliehen werden konnte, daß also die Wirkungen des Gesetzes nicht über seinen eigentlichen Zweck hinausgiengen.

Es wird nun einleuchten, in welchem Sinne ich die obligatio aus einem vom SC. Macedonianum gemißbilligten Gelddarlehen eine unechte Naturalobligation nenne. Ich glaube, daß sie sich auch als eine solche durch ihre Unfähigkeit, compensationsweise geltend gemacht zu werden, erweist. Denn ich halte es keineswegs für zufällig, daß sich davon in den Quellen keine Spur findet. Es scheint mir vielmehr, daß

man sich wohl bewußt war, die Anerkennung eines Compensationsrechts für diese naturalis obligatio würde mit der Absicht des SC. Macedonianum nicht vereinbar sein. Denn danach sollte der Darleiher unter keinerlei Umständen wegen des gemißbilligten Darlehens einen Druck auf den Empfänger desselben üben können. Das wäre aber doch der Fall gewesen, wenn er denselben hätte nöthigen können, im Falle des nachmaligen Erwerbs einer klagbaren Forderung gegen ihn, ihre Geltendmachung zu beschränken oder wohl ganz darauf zu verzichten. Der Strafzweck des Gesetzes hätte dann leicht zufälliger Weise dadurch vereitelt werden können, daß z. B. mit einem dem vormaligen filiusfamilias zugedachten Vermächtniß (gleichen oder höheren Betrags mit dem Darlehen) der foenerator belastet wurde. Dieser hätte dann nichts, oder so viel weniger, als er dem filiusfamilias geliehen hatte, an diesen zu entrichten gehabt, hätte ihn jedenfalls zwingen können, von seiner Klage aus dem Vermächtniß ganz oder doch theilweise abzustehen. Daß von einigen sehr späten römischen Juristen (von Ulpian in L. 9 §. 4 de SC. Maced., von Marcian in L. 40 de cond. indeb.) der Ausschluß der condictio indebiti, und also wohl die Annahme einer naturalis obligatio überhaupt beim Darlehen contra SC. Macedonianum auf die Regel zurückgeführt wird: hi demum solutum non repetunt, qui ob poenam creditorum actione liberantur, non quoniam exonerare eos lex voluit, ist gewiß nicht als ein geschichtliches Zeugniß anzusehen, daß zuerst diese Regel sich gebildet habe, und dann die obligatio aus dem Darlehen contra SC. Macedonianum darunter subsumirt worden sei, vielmehr ist ziemlich sicher anzunehmen, daß man, umgekehrt, die gedachte Regel aus der Behandlung dieser Obligation als Naturalobligation abstrahirte. Hinsichtlich der Richtigkeit dieser Regel, wenn

sie nur recht verstanden wird, bin ich noch der Ueberzeugung, welche ich in meiner Recension eines Theils von Savigny's Obligationenrecht in der Heidelberger krit. Zeitschrift Bd. 1 S. 514 fg. ausgeführt habe. Dagegen bin ich jetzt über den Umfang ihrer Anwendbarkeit und ihre Bedeutung für die Lehre von der **naturalis obligatio** überhaupt anderer Ansicht. Ich halte sie nur noch für anwendbar auf das Edict über das **jus iniquum** und das **decretum D. Marci**, keineswegs aber auf die Prozeßverjährung, bei welcher mir nun die Naturalobligation ganz den ursprünglichen Charakter zu haben scheint. Eben so wenig vermag ich ihr jetzt noch ein Gewicht für die Streitfrage über die Wirkung der Klagenverjährung beizulegen. Ihre wahre Bedeutung finde ich jetzt lediglich darin, daß sie den Grund für die Gleichstellung der unechten Naturalobligationen mit den echten, ursprünglichen richtig ausdrückt.

Es springt wohl von selbst in die Augen, wie von der im Vorstehenden entwickelten Auffassung der römischen Naturalobligationen aus einige Streitfragen, welche in der Lehre von denselben noch immer als keineswegs erledigt gelten können, ein ganz anderes Ansehen gewinnen.

Eine dieser Streitfragen ist die, ob das **nudum pactum** an sich eine **naturalis obligatio** bewirkt habe; eine Streitfrage von nicht blos geschichtlicher, sondern auch praktischer Bedeutung, insofern ihre Bejahung in Verbindung mit der herrschenden Auffassung der **naturalis obligatio** zu der Annahme führt, daß, wo heutige Gesetze für gewisse obligatorische Verträge eine besondere Form als Bedingung ihrer Klagbarkeit vorschreiben, die Nichtbeobachtung der Form die römischen Rechtssätze über die Naturalobligationen anwendbar machen.

Nach der gewöhnlichen Ansicht besteht eine **tantum naturalis obligatio** da, wo **naturali ratione** oder nach der

naturalis aequitas eine obligatio anzunehmen ist, ohne daß dieselbe vom positiven Recht als klagbar anerkannt ist. Nun erzeugt, sagt man, nach der naturalis ratio oder aequitas jeder formlose Vertrag eine obligatio; also mußten alle nuda pacta, insoweit sie nach römischem Recht nicht klagbar waren, tantum naturales obligationes bewirken. Man setzt voraus, daß sich dafür Belege in den römischen Rechtsquellen finden müssen, bemüht sich daher, solche nachzuweisen, und die jedenfalls dem Anschein nach jenem vorausgesetzten Rechtssatze widersprechenden Quellenstellen durch Interpretation damit in Einklang zu bringen.

Nach meiner jetzigen Ansicht von der Naturalobligation ist es keineswegs zu erwarten, daß das römische Recht eine solche als Folge jeden formlosen, nicht mit einer Klage versehenen Vertrags annehme.

Wenn man sich überlegt, wie unermeßlich viele von den im Leben wirklich vorkommenden Verträgen theils Consensualcontrakte, theils Realcontrakte sind, und wie oft es bei den von den Römern als Innominatcontrakten behandelten Verträgen der wirklichen Absicht entspricht, daß sie so behandelt werden, wie dann überdies noch so viele formlose Verträge als pacta adjecta oder nach prätorischem Rechte klagbar waren, und endlich, wie geläufig den Römern und selbst den mit ihnen verkehrenden Peregrinen die Stipulationsform war, eine überdies so natürliche und leicht anwendbare Form, so läßt sich gewiß nicht verkennen, daß der Rechtssatz: nuda pactio obligationem non parit, im einfachsten Wortsinn genommen, nur eine ungemein geringe praktische Bedeutung hatte, am wenigsten aber eine solche dem gemeinen Verstand oder der socialen Sitte hätte widerstreben können; ich glaube sogar, daß wir ihn heutzutage noch ganz natürlich finden würden, wenn wir noch eben so an die Stipulationsform

oder eine ihr ähnliche gewöhnt wären. So kann ich mir also gar nicht vorstellen, wie man dazu hätte kommen sollen, jedem formlosen Vertrag, der keine klagbare Obligation erzeugte, die Wirkung einer Naturalobligation zuzugestehen; ja ich bekenne, daß es mir schwer fällt, mir Fälle des wirklichen römischen Rechtslebens zu denken, in welchen, — abgesehen von den unten noch besonders zu besprechenden formlosen Zinsverträgen —, jener Rechtssatz: das nudum pactum erzeugt eine tantum naturalis obligatio anwendbar gewesen wäre, zumal wenn er bei „fehlerhaften Stipulationen," wie man wegen L. 1 §. 2 de V. O. anzunehmen sich genöthigt sieht, nicht anwendbar gewesen sein soll.

Ich muß aber noch besonders Folgendes hervorheben: es ist ein ganz schiefer Gedanke, durch den man die angenommene naturalis obligatio ex nudo pacto dadurch mit den gewissen und ursprünglichen Naturalobligationen in Verbindung bringt, daß man sich die Formlosigkeit eines Vertrags als ein besonderes auf einem dem jus civile eigenthümlichen Rechtssatze beruhendes Hinderniß der Entstehung einer civilis obligatio ex pacto vorstellt. Es gab keinen Rechtssatz des jus civile, wornach Formlosigkeit des Vertrags, wenigstens regelmäßig, die Entstehung einer civilis obligatio verhindert hätte. An der Formlosigkeit der Verträge nahm das jus civile, wenigstens soweit unsere auf ausdrücklichen Zeugnissen beruhende Kenntniß desselben reicht, keinen Anstoß. Es setzt nur voraus, daß alle nicht zu den benannten Realcontrakten und zu den Consensualcontrakten oder den pacta adjecta gehörenden obligatorischen Verträge, wenn sie ohne Weiteres rechtlich bindend sein sollten, in der Stipulationsform, beziehungsweise der des Literalcontrakts abgeschlossen würden, und diese Voraussetzung entsprach eben ganz der wirklichen Verkehrssitte. Soweit das

in neuerer Zeit nicht der Fall war, half das prätorische Recht mit Honorarklagen aus gewissen formlosen Verträgen, die nicht ohnehin zu den Real- und Consensualcontrakten gehörten, nach. Daß die **nuda pactio obligationem non parit**, ist also in keiner Weise damit zu vergleichen, daß ein obligatorisches Geschäft zwischen einem **filiusfamilias** und seinem Vater, oder zwischen einem Freien und Sklaven keine Obligation erzeugt, weil dem die Rechtssätze über die **patria potestas** und die Rechtlosigkeit der Sklaven hindernd im Weg stehen. Die **nuda pactio** galt eben dem Römer überhaupt gar nicht als ein obligatorisches Geschäft, dessen volle Rechtsgeltung nur durch ein besonderes äußeres Hinderniß ausgeschlossen werde.

Was die Klagenverjährung betrifft, so muß es der gewöhnlichen Auffassung der **naturalis obligatio** nothwendig als ganz selbstverständlich erscheinen, daß die Aufhebung der persönlichen Klage durch Verjährung die **civilis obligatio** lediglich zu einer **naturalis obligatio** erniedrige. Für mich gestaltet sich nach den obigen Darlegungen meiner jetzigen Ansichten die Frage — als eine einstweilen lediglich aus der Natur der Sache, ohne Rücksicht auf Quellenzeugnisse zu beurtheilende — in folgender Weise.

Daß die Thatsache der Klagenverjährung unmittelbar nur das Klagerecht berührt, kann für mich jedenfalls nicht von entscheidender Bedeutung sein, da ich nach Obigem jetzt als wirklichen Ausdruck der Anerkennung eines Forderungsrechts als solchen von Seiten des Rechts lediglich die Zuerkennung eines Klagerechts ansehe. Hiernach liegt mir nothwendigerweise in einer Entziehung des Klagerechts aus einer Obligation von Seiten einer Rechtsvorschrift überhaupt, also auch eines Klagenverjährungsgesetzes völlige Aufhebung des Forderungsrechts selbst; es müßte denn dabei die Forderungs-

berechtigung ebenso deutlich dem Gläubiger vorbehalten sein, wie bei dem von mir oben als Beispiel gebrauchten Vertrag, daß ein Darlehen zwar aufkündbar, aber nicht einklagbar sein solle. Hiernach steht mir die Aufhebung des Forderungsrechts und der rechtlichen Verbindlichkeit durch Verjährung der Schuldklage außer Frage. Daß die so aufgehobene Obligation dabei doch noch die Geltung einer **naturalis obligatio** behalte oder daß sie, nach meinem Ausdruck, noch „anerkennbar" sei, ist dadurch keineswegs ausgeschlossen, es müßte aber dafür ein besonderer Grund sich auffinden lassen, der entweder in einem Konflikt zwischen dem Verjährungsgesetz und der in der bürgerlichen Gesellschaft wirklich lebendigen Rechtsanschauung läge, oder darin, daß der wahre Zweck des Verjährungsgesetzes ein ähnlicher wäre, wie der des **SC. Macedonianum**, d. h. der, lediglich den Gläubiger zu strafen und nur, soweit es dazu unbedingt nothwendig ist, den Schuldner zu entlasten.

Das Erstere ist nun ganz gewiß nicht anzunehmen, denn die fraglichen Verjährungsgesetze wollten gerade nur einem im Verkehr empfundenen Bedürfnisse entgegenkommen. Auch das Letztere aber muß ich gegen meine frühere Meinung jetzt entschieden in Abrede stellen. Bei genauerer Erwägung nämlich muß ich nun anerkennen, daß auf jeden Fall die Klagenverjährungsgesetze in ihrer Richtung auf Schuldklagen wenigstens eben so sehr die Entlastung des Schuldners, als die Bestrafung der Nachlässigkeit des Gläubigers bezwecken, und das würde schon hinreichen, ihre Gleichstellung mit dem **SC. Macedonianum** und die Anwendbarkeit der daraus abstrahirten Regel, von der oben die Rede war, völlig auszuschließen. Aber noch mehr! Der eigentliche Endzweck der Gesetze über die allgemeine Klagenverjährung — um die es sich jetzt wenigstens im Grunde allein noch bei der Streitfrage handelt —

ist nach meiner Ueberzeugung der, daß durch die dreißigjährige Nichtanstellung der Klage jede rechtliche Ungewißheit über das Dasein oder Nicht-Dasein des Rechts zwischen dem Klagberechtigten und dem mit der Klage zu Belangenden als beseitigt gelten soll. Gerade mit diesem Zweck würde die fortwährende Geltung der Obligation nach der Verjährung der daraus zustehenden Klage völlig unvereinbar sein. Denn eben die Existenz der Obligation muß außer Frage sein, wo von einer Naturalobligation die Rede sein soll, d. h. für die Frage, ob sie, abgesehen von dem besondern Hinderniß, wegen dessen sie nicht als civilis obligatio gelten kann, existirt, muß die Bejahung rechtlich feststehen. Es ist eben deswegen auch die Geltung einer obligatio, soweit von ihr rechtskräftig feststeht, daß sie nicht existirt, als naturalis obligatio nicht möglich. Wegen des Beweises, daß wirklich nach römischem Recht die Klagenverjährung keine naturalis obligatio zurückläßt, beziehe ich mich hier einfach auf die bekannten Ausführungen Bekker's und Schwanert's.

Daß die naturalis obligatio pupilli, wenn und insofern sie eine eigentliche Naturalobligation ist, zu denjenigen gestellt werden muß, welche ich die echten, nicht zu denjenigen, welche ich die unechten nenne, springt in die Augen.

Die von natürlich handlungsfähigen Pupillen ohne Tutoren-Mitwirkung ex causa civili contrahirten Obligationen haben mit den Naturalobligationen aus Sklavengeschäften vor Allem zweierlei gemein: sie besitzen vollkommen die Form und Natur von Obligationen, sind aber vermöge eines äußeren Hindernisses, d. h. eines nicht dem Obligationenrecht angehörenden Rechtssatzes vollkommen nichtig, daher auch bei beiderlei Obligationen die Nichtigkeit eine dem Gläubiger völlig verborgene sein kann, da es eben so denkbar ist, daß er den mit ihm contrahirenden Pupillen für mündig, als daß

er den mit ihm contrahirenden Sklaven für einen Freien hält. Es ist also jedenfalls die Bezeichnung naturalis obligatio für eine solche Pupillenobligation vollkommen passend, und ihre „Anerkennbarkeit" in meinem Sinn des Worts leicht denkbar. Nur ist für die Anerkennbarkeit die eben hervorgehobene Möglichkeit der Verborgenheit des Grundes ihrer rechtlichen Richtigkeit ohne alle Bedeutung. Anerkennbar war auch die mit einem Sklaven, der dem Gläubiger als solcher bekannt war, contrahirte Obligation, weil im bürgerlichen Verkehr Sklaven, als geschäftsfähig, sich durch Geschäfte zu verpflichten angesehen und behandelt wurden. Läßt sich nun auch das von den Pupillen sagen? Läßt sich annehmen, daß man von socialen Anschauungen und Sitten aus das Gefühl habe bekommen können, es wohne dem Recht ein Zug und Trieb inne, dereinst den Pupillen die Fähigkeit zuzugestehen, sich ohne Vormünder zu verpflichten? Das gewiß nicht! Wenn irgend ein Rechtssatz, so wird der, daß Geschäfte Unmündiger keine rechtliche Verbindlichkeit bewirken, überall und allezeit auch bei dem gemeinen, nicht juristischen Verstande Billigung finden, sofern er nämlich eine Regel aussagen soll und will, die auch Ausnahmen zuläßt. Denn in manchen Fällen, und zwar auch solchen, in welchen der Pupill nicht bleibend bereichert worden ist, wird es dem gemeinen, nichtjuristischen Menschenverstand nicht einleuchten, daß der Pupill berechtigt sein soll, die Erfüllung einer Obligation, die er ohne seinen Vormund eingegangen hat, zu verweigern. Z. B. er brauchte augenblicklich Geld zur nicht wohl aufschiebbaren Befriedigung eines wirklichen Bedürfnisses, wie etwa einer nothwendigen Reise, entlehnte es mit dem Versprechen der Rückerstattung, ist aber zur Zeit, wo er es zurückerstatten soll, keineswegs in Folge dieses Darlehens bereichert. Selbst der Jurist wird zugeben, es wäre nicht wi-

der die Natur des Rechts, daß man dem Gläubiger sogar eine Klage gewährte, wo er nur, wie hier, utiliter — in dem Sinn, wie es bei der negotiorum gestio genommen wird — dem Pupillen creditirt hatte, ohne daß es eine bleibende Bereicherung desselben bewirkte. Wegen der Möglichkeit solcher Fälle empfiehlt es sich offenbar, daß man die Pupillenobligationen in einem gewissen Umfang als „anerkennbar" behandle, namentlich eben so, daß eine Anerkennung durch den Pupillen selbst als solchen (und ebenfalls ohne Tutorenmitwirkung) nie etwas gilt, uhd noch weniger irgend je gefordert werden kann. Und so ist eben die naturalis obligatio pupilli von den Römern nach Keller's, wie mir scheint, unwiderleglichem Nachweise wirklich behandelt worden.

Daß sowohl die „natürliche" Verpflichtung der Ehefrau, dem Mann eine dos zu bestellen, als die des Hinterlassenen, dem Patron officiales operae zu leisten, keine wahre Naturalobligation sein kann, ergiebt sich nach dem von mir aufgestellten Begriff der Naturobligation schon daraus, daß dazu die vollständige Obligationsform und ein deren Rechtsgehalt ausschließendes blos äußerliches Hinderniß gehört.

Dagegen folgt eben daraus umgekehrt, daß die Zinsobligation aus dem nudum pactum jedenfalls eine wahre Naturalobligation sein kann.

Nach folgender Stelle sollte man erwarten, daß der Zinsvertrag unter die Consensualcontrakte aufgenommen worden wäre: locatio conductio, sagt Paulus in L. 1 pr. loc. cond. (19, 2), cum naturalis sit, et omnium gentium, non verbis, sed consensu contrahitur, sicut emtio et venditio. Denn damit scheint eine Regel des Inhalts ausgesprochen zu werden: wenn der wesentliche Inhalt eines verpflichtenden Rechtsgeschäfts sich aus der Natur der Verhältnisse so mit Nothwendigkeit ergiebt, daß desfalls eine Verschiedenheit

der Behandlung bei den verschiedenen Völkern gar nicht denkbar ist, so ist eine besondere Form der Willenserklärung nicht nöthig, um eine civilis obligatio zu erzeugen. Man sollte denken, diese Regel wäre auf die Uebereinkunft, daß für ein creditirtes Kapital Zinsen gezahlt werden sollen, so gut anwendbar, als auf die locatio conductio. Allein dem ist in der That nicht so. Dem Alterthum erscheint der Zinsvertrag keineswegs als ein so natürliches, unzweifelhaft rechtsverbindliches Rechtsgeschäft, vielmehr als ein solches, welches ein besonders wichtiger Gegenstand positiver Rechtssatzung ist, die es nach Zeit und Umständen gar wohl ganz verbieten oder doch die Freiheit in der Gestaltung desselben manchfach beschränken kann. Zudem war gerade für dieses Geschäft die Stipulationsform so angemessen, so leicht anwendbar und so üblich, daß schon deshalb gar kein Bedürfniß empfunden werden konnte, es unter die Consensualcontrakte aufzunehmen. Der Rechtssatz, daß die Obligation aus einem formlos abgeschlossenen Zinsvertrag nichtig ist, wenn derselbe nicht bei Abschließung eines bonae fidei contractus in continenti beigefügt ist, erscheint als Satz des römischen Rechts sehr begreiflich.

Aber an der Obligations*form* fehlt es dabei doch jedenfalls so wenig, als bei der locatio conductio, dem Mandat oder dem constitutum, und die *Natur* einer Obligation trägt doch die so eingegangene Verbindlichkeit um so mehr an sich, als offenbar der Genuß des Kapitals gewissermaßen einen materiellen Grund für vertragsmäßig in bestimmtem Umfang anerkannte Verbindlichkeit, Zinsen zu zahlen, darbietet. In diesem Sinn ist sie ihrem Inhalt nach eine naturalis obligatio, wie es z. B. die aus einem auf Zahlung einer Conventionalstrafe gerichteten nudum pactum nicht sein würde. Auch daran läßt sich doch kaum zweifeln, daß in der neueren

Zeit wenigstens Zinsverabredungen unter Abwesenden, die ihnen also die Stipulationsform nicht leicht geben konnten, im bürgerlichen Verkehr ebenso als wahre, ernstliche, wirklich verpflichtende und berechtigende Geschäfte angesehen wurden, wie die mit Sklaven eingegangenen Contrakte. So liegt für mich in der Behandlung der Zinsobligation aus einem nudum pactum als einer wahren Naturalobligation nichts Verwunderliches.

Und ebenso bestärkt mich meine gegenwärtige Auffassung der Naturalobligationen in der schon früher von mir ausgesprochenen Vermuthung, daß darunter auch die stipulationes post mortem gehörten, deren Erhebung durch Justinian zu vollgültigen Obligationen gewissermaßen ein Beweis dafür ist, daß sie schon im klassischen Recht den Trieb in sich trugen, als klagbare Obligationen anerkannt zu werden, und daß es also nur eine naturgemäße Vorstufe ihrer schließlichen Entwicklung war, wenn sie bereits in alter Zeit als naturales obligationes behandelt wurden. Daß wir kein ausdrückliches direktes Zeugniß dafür besitzen, ist, insofern ein solches sonst in den Pandekten erwartet werden könnte, sehr erklärlich gerade deshalb, weil Justinian ihre Rechtsungültigkeit aufgehoben hatte.

Alles Bisherige sollte meiner Absicht nach nur Skizze einer neuen Lehre von der Naturalobligation sein, und mein Zweck, zu dem ich sie entwarf, war hauptsächlich der, daran die Beantwortung der Frage zu knüpfen, wozu kann uns nun für unser heutiges Rechtsleben dieses römische Rechtsinstitut dienen?

Dafür ergiebt sich mir nun zunächst ein negatives Resultat. Es darf nicht als zur Vollkommenheit des Rechts gehörig betrachtet werden, daß es Obligationen enthalte, welche Mitteldinge zwischen klagbaren und nichtigen Obliga-

tionen, nur klaglose, aber doch sonst rechtswirksame Obligationen seien. Und am wenigsten hat eine so gar nicht in der freiesten Bewegung gehinderte Gesetzgebung, wie unsere heutige, Ursache, Obligationen als tantum naturales obligationes zu behandeln, statt ihnen entweder sofort Klagbarkeit zu gewähren, oder sofort ihre Nichtigkeit festzustellen. Denn der Hauptgrund des römischen Rechtsinstituts der Naturalobligation lag in der den Römern eigenthümlichen Neigung, der natürlichen, organischen Entwicklung des Rechts (durch „stillwirkende Kräfte“ nach Savigny's klassischem Ausdruck) nicht vorzugreifen, und doch dem dazu vorhandenen Triebe entgegenzukommen. So würde ich es denn namentlich jetzt als verfehlt betrachten, daß man, soweit die Gesetzgebung für obligatorische Verträge besondere Formen vorschreiben zu müssen glaubt, der Nichtbeobachtung dieser Formen die Wirkung beilegte, nur die Klagbarkeit der Verträge, aber nicht die Entstehung von Naturalobligationen daraus zu verhindern. Das versteht sich ja von selbst, daß, wenn solche Verträge mit dem Bewußtsein von dem Mangel rechtlicher Verbindlichkeit erfüllt werden, die condictio indebiti schon nach der allgemeinen Regel ausgeschlossen ist: si sciens se non debere solvit, cessat repetitio L. 1 D. de cond. ind. (12, 6). Ebensowenig schiene es mir billigenswerth, durch Verjährung von Schuldklagen nur das Klagerecht verloren gehen zu lassen, die deshalb nicht mehr klagbare Obligation aber doch noch als Naturalobligation anzuerkennen.

Dagegen scheint mir die Rechtsregel, daß, wo durch eine Rechtsvorschrift dem Gläubiger nur, um ihn zu strafen, das Klagerecht sammt dem Forderungsrecht entzogen werden soll, die Obligation „anerkennbar,“ nur nicht compensabel sei, als selbstständige Rechtsregel auch jetzt noch gelten zu müssen, und davon auch in unserer Gesetzgebung guter

Gebrauch gemacht werden zu können, ohne daß deshalb eine eigene Klasse von Naturalobligationen als Mittelklasse zwischen klagbaren und nichtigen Obligationen aufgestellt zu werden braucht. Es wäre das nur als eine Modification der Rechtsregeln über die Anerkennbarkeit von Obligationen zu behandeln, wornach eben unter jener Voraussetzung auch bereits völlig aufgehobene, oder von vornherein ganz ungültige Obligationen doch noch in bestimmter Weise anerkennbar wären.

Dazu, daß man die heutige praktische Bedeutung der römischen Naturalobligationen in dem Maße, wie ich es jetzt annehmen zu müssen glaube, überschätzt hat, trug wesentlich der Zusammenhang bei, in welchen man sie von Alters her mit dem jus gentium oder naturale brachte. Denn in der That sind gerade diejenigen römischen Rechtsinstitute, welche wirklich juris gentium waren, für uns von besonderer praktischer Bedeutung. Aber ich halte es jetzt eben für eine bloße Täuschung, daß die römischen Naturalobligationen, d. h. die tantum naturales obligationes in irgend welchem Sinn juris gentium obligationes gewesen oder von den römischen Juristen als solche angesehen worden seien; gerade als juris gentium obligationes würden sie klagbar gewesen sein; alle Rechte, welche in den Quellen auf das jus gentium zurückgeführt werden, sind klagbare Rechte. Was juris gentium ist, heißt naturalis bei den Römern; aber nicht Alles, was naturalis heißt, ist darum juris gentium. Der eigentliche Sinn der Bezeichnung n a t u r a l i s obligatio ist, wie ich glaube, der, daß damit gesagt werden soll, es ist ein Verhältniß, das dem nicht juristisch gebildeten und insofern natürlichen Verstand als Obligation erscheint. Der juristisch gebildete Verstand kann dann im einzelnen Fall dem Urtheil des natürlichen Verstandes beistimmen, oder ihm seine Beistimmung gänzlich versagen, aber auch ihm eine gewisse relative

Berechtigung zugestehen, und wo das Letztere der Fall ist, daraus eben die Anerkennbarkeit der **tantum naturalis obligatio** ableiten, worin deren positive Bedeutung im römischen Recht besteht. Diese beruht daher auch keineswegs auf der **naturalis ratio** im gewöhnlichen und eigentlichen Sinn des Worts; denn dabei wird wenigstens nicht an einen Gegensatz des natürlichen Verstandes mit dem juristischen überhaupt gedacht, sondern nur an einen Gegensatz zwischen dem auf Entwicklung des natürlichen, allgemein menschlichen Rechtsbewußtseins beruhenden und dem unter nationalem Einfluß entwickelten juristischen Verstande. Was auf der **naturalis ratio** beruht, ist immer eine juristische Wahrheit. Durch die Anerkennung einer Obligation als Naturalobligation wird nicht eine Folgerung der **naturalis ratio** angenommen, sondern nur einer unjuristischen, aber im wirklichen Leben herrschenden Auffassung einer scheinbaren Obligation als wirklicher Obligation ein gewisses billiges Zugeständniß gemacht, und nur insofern, als damit einem in der natürlichen Auffassung sich kundgebenden Bedürfnisse Rechnung getragen wird, läßt sich dann auch sagen, daß die **tantum naturalis obligatio** auf der **naturalis aequitas** beruht.

VII.

Entgegnung auf die Bemerkungen Ihering's zu der Abhandlung I. über die Lehre von der Versteigerung.

Von

Dr. E. Kindervater in Stendal.

Die von mir in diesen Jahrbüchern (Bd. 7 S. 1 folg.) entwickelte Ansicht über die juristische Natur der Versteigerung hat gleich bei ihrem Eintritt in die Oeffentlichkeit einen lebhaften Widerspruch zu erfahren gehabt. Ihering nämlich ist gegen meine Construction dieses Instituts aufgetreten und hat dieselbe als theoretisch unrichtig und als praktisch gefährlich angegriffen. In Folge dessen möge es mir verstattet sein, hier noch einmal auf denselben Gegenstand zurückzukommen.

In meiner früheren Abhandlung habe ich hauptsächlich die sehr bestrittene Frage erörtert, in welchem Zeitpunkte und mit welcher Thatsache ein im Wege der Versteigerung eingegangener Vertrag zur Perfection gelange. Ich bin dabei zu dem Resultate gelangt, daß nach den Grundsätzen des heutigen, abweichend von denen des römischen Rechts ein solcher Vertrag schon durch die Abgabe eines Gebots und nicht erst durch den Zuschlag perfect werde. Zugleich habe ich meine Untersuchung auch auf den Punkt ausgedehnt, ob der Bieter

durch Abgabe eines höheren Gebots frei werde oder nicht, und habe ich mich hierbei für die bejahende Ansicht entschieden.

Ihering's Widerspruch geht nun nach beiden Richtungen hin und soll es meine Aufgabe sein, zu untersuchen, ob derselbe theoretisch begründet ist und ob meine Theorie, in's Leben eingeführt, wirklich solche Zustände erzeugt, daß dadurch die Existenz des ganzen Instituts in Frage gestellt wird.

Ich wende mich zunächst zu der ersten Frage, ob das höhere Gebot die Wirksamkeit des früheren aufhebt oder nicht.

Nach Ihering's Ansicht soll der frühere Bieter durch das Gebot eines nachfolgenden nicht befreit werden, da „alle Bieter ein pactum de emendo bezüglich eine emtio si alteri placuerit abschlössen und mit dem placere, d. i. dem Zuschlage für den Einen die Bedingung eintrete, für die übrigen aber dieselbe deficire [1])."

Diese Auffassung ist nun allerdings insoweit richtig, als nach den Grundsätzen des römischen Rechts die Abgabe eines Gebots als eine einseitige emtio anzusehen ist, und von diesem Gesichtspunkte aus habe ich denn auch bereits in meiner früheren Abhandlung dem Bieter die Zurücknahme seines Gebots versagt; allein wohl zu berücksichtigen ist, daß diese emtio keine bedingungslose ist. Der Bieter will nämlich dann, aber auch nur dann an sein Gebot gebunden sein, falls nicht ein Anderer ein besseres Gebot innerhalb einer bestimmten Zeit abgeben sollte.

Für diesen Satz vermißt Ihering in meiner früheren Abhandlung den Beweis. Er wirft die Frage auf, ob derselbe etwa im römischen Rechte anerkannt werde oder sich vermöge juristischer Construction von selbst verstehe. Beides muß ich

1) in diesen Jahrbb. S. 171.

nun freilich verneinen, trotzdem aber behaupte ich auch noch fernerhin die Richtigkeit des von mir aufgestellten Satzes.

Das römische Recht gewährt uns, wie ich bereits früher ausgeführt habe und wie auch von anderen Seiten vielfach anerkannt worden ist, gar keinen Anhaltepunkt in Betreff der juristischen Natur der Versteigerung, und wir würden in nicht geringe Verlegenheit gerathen, wenn wir jeden einzelnen Satz mit einer Stelle aus dem corpus juris belegen sollten. Wir sind vielmehr hier einzig und allein auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze verwiesen, aus denen wir unter steter Berücksichtigung der thatsächlichen Verhältnisse, die sich uns im Verkehrsleben darbieten, dieses Institut juristisch zu construiren haben. Auf diesem Wege gelangt man aber meiner Ansicht nach dahin, die Abgabe eines Gebots als eine bedingt einseitige emtio aufzufassen.

An sich gebe ich freilich Jhering ganz Recht, daß „ein Gebot, an das ich eine gewisse Zeit hindurch gebunden sein will, im Mindesten nicht dadurch afficirt wird, daß ein Anderer oder noch so viele Andere ein höheres Gebot thun;“ allein dieser Satz erleidet gerade bei der Versteigerung eine Ausnahme, man kann sagen durch eine stillschweigende Uebereinkunft der Contrahenten. Denn im heutigen Verkehrsleben, nicht anders wie im römischen geht die Absicht der Betheiligten bei der Versteigerung dahin, daß ein jeder Bieter von seinem Gebote frei werden soll, sobald ein anderer ein höheres abgegeben hat. Diese Absicht der Contrahenten ist aber bei Beurtheilung des Rechtsverhältnisses das allein Entscheidende. Es scheint mir daher den thatsächlichen Verhältnissen nicht zu entsprechen, wenn Jhering glaubt, daß diese Ansicht sich im gemeinen Leben bloß dadurch gebildet habe, daß „in der Regel das höchste Gebot gewählt werde.“ Die Sache verhält sich vielmehr umgekehrt, der Meistbietende muß von

dem Versteigerer als Käufer angenommen werden, weil er nur allein noch an sein Gebot gebunden erscheint. Soll aber nach Absicht der Contrahenten die Wirksamkeit eines früheren Gebots durch ein späteres aufgehoben werden, so heißt dies juristisch ausgedrückt nichts Anderes als: der Bieter schließt mit dem Versteigerer eine einseitige emtio unter der Bedingung, wenn bis zu einem bestimmten Zeitpunkte ein besserer Bieter sich nicht findet.

Was Ihering hier von der Versteigerung im Allgemeinen behauptet, das gilt nur für eine bestimmte Art derselben, nämlich für die s. g. Versteigerung im Submissionswege. Von dieser sagt aber Seuffert ganz richtig:

> sed evenit quoque ut emendi cupidi invitentur ad faciendas licitationes absolutas, id est, ut quilibet licitetur ratione non habita ceterorum. Talem auctionem nos usitata appellatione vocamus: Versteigerung im Submissionswege; sed revera nonnisi improprie de auctione loqui possumus, nimirum quum plures licitationes una simulque consistant et evenire possit, ut prior licitator plus, posterior minus offerat [2]).

Und an einer anderen Stelle:

> dici non potest, existente pluris licitatione licitationes ejus, qui minus obtulerit, statim et ipso jure evanescere [3]).

Darin nur kann ich nicht mit Seuffert übereinstimmen, wenn derselbe weiterhin behauptet:

> denique emendi cupidi nonnisi invitati mihi esse videntur ad proponendas conditiones, sub quibus con-

2) Dissert. de auctione. Mon. 1854 p. 6.

3) a. a. O. p. 18.

trahere velint cum proclamante. Quare etiam licitantibus jus poenitendi tum solum denegandum esse existimo, si proclamatione publica expresse cautum sit, ne quis licitator possit intra tempus quoddam definitum a licitatione sua resilire.

Denn in diesem Falle liegt meiner Ansicht nach eine bedingungslose einseitige emtio vor, weßhalb es dem Bieter nicht gestattet werden kann, beliebig sein Gebot zurückzuziehen. Keineswegs bedarf es aber, wie Seuffert annimmt, einer ausdrücklichen Bestimmung hierüber in der öffentlichen Bekanntmachung, da es aus der Natur des Rechtsverhältnisses selbst mit Nothwendigkeit folgt.

Ein Unterstützungsmoment meiner Ansicht von der Versteigerung glaube ich auch in dem Umstande finden zu müssen, daß unsere Juristen alter und neuer Zeit ein pactum tacitum addictionis in diem bei derselben annehmen. Denn es liegt hierin ganz augenscheinlich eine Anerkennung der thatsächlichen Verhältnisse, wie ich dieselben soeben angegeben habe. Die Juristen haben sich nämlich der Erkenntniß nicht verschließen können, daß bei jeder Versteigerung nach der Absicht der Contrahenten der Vorbehalt eines besseren Käufers stattfindet. Die Frage, die sie beschäftigte, war nun aber die, unter welchen hergebrachten Begriff des römischen Rechts dieser Vorbehalt zu bringen sei. Allein bei der Neigung, namentlich der früheren Juristen, ein jedes Rechtsinstitut einem römischen anzupassen, konnte die Entscheidung dieser Frage nicht lange zweifelhaft sein. Man sah, daß im Verkehrsleben der Vorbehalt eines besseren Käufers bei jeder Versteigerung angenommen wurde, was lag also näher, als diesen Vorbehalt mit der addictio in diem zu identificiren? War man aber erst bis zu diesem Standpunkte gelangt, dann bedurfte es nur noch eines kleinen Schritts, um, freilich mit Hinwegsetzung über so manche

Thatsache des praktischen Lebens, alle einzelnen Bestimmungen, welche das römische Recht in Betreff der addictio in diem enthält, auch auf die Versteigerung zur Anwendung zu bringen. Dieses Verfahren zeigt sich denn namentlich auch bei der uns hier beschäftigenden Frage, ob das höhere Gebot die Wirksamkeit des früheren aufhebt. Die Entscheidung derselben stützt sich ganz und gar auf Rechtssätze, welche denen der addictio in diem entlehnt sind. So vertritt namentlich Schilter die Ihering'sche Ansicht, indem er dieselbe folgendermaßen zu begründen sucht:

> Magis igitur est, ut sequamur affirmantium partes, tum propter rationem et hypothesin ab omnibus concessam, in subhastatione et licitatione contineri pactum addictionis in diem tacite, igitur nondum desiit prior obligatio per superlicitationem, sed pendet tantum traditio: tum vero per expressos textus. Sabinus scribit l. 9 D. de in diem add. licere venditori meliorem conditionem oblatam abjicere sequique primam quasi meliorem, et ita utimur. Unde regula conficitur, prioris emtoris obligationem adhuc durare et liberum esse venditori, utrum illam posteriori velit praeferre. Id quod ex subjecta exceptione clarius patescit: quid tamen pergit Ulpianus, si hoc erat nominatim actum, ut liceret resilire emtori meliore conditione allata? Dicendum erit, dissolutam priorem emtionem, etiamsi venditor sequentem non admittat. Igitur tunc demum liberatus est licitator prior, si per expressum pactum licentia resiliendi data est, secus obligatio ejus permanet, usque dum oblatio posterioris acceptetur et eligatur[4]).

---

4) Praxis juris Rom. Exerc. 30 §. 51.

Die Anhänger dieser Ansicht gehen immerhin von einer richtigen Erkenntniß der thatsächlichen Verhältnisse aus und nur die juristische Auffassung derselben ist eine verkehrte. Einige Juristen haben dann auch gefühlt, daß diese Meinung zu einem Resultate führt, welches den Ansichten des Verkehrslebens vollständig widerspricht. Weit davon entfernt aber, daß sie in Folge dieses Umstandes von der Anwendung der Grundsätze der addictio in diem auf die Versteigerung Abstand genommen hätten, haben sie sich vielmehr nnr durch die Annahme zu helfen gesucht, daß bei der Versteigerung insofern eine Ausnahme stattfinde, als die addictio in diem hier nicht bloß wie gewöhnlich zu Gunsten des Verkäufers, sondern auch des Käufers wirke. Auf diese Weise gelangen dieselben zu dem Resultate, daß ein jeder Bieter durch Abgabe eines höheren Gebots frei werde, und vermeiden dadurch den Widerspruch, in welchen die Anhänger der Schilter'schen Ansicht mit der Auffassung des praktischen Lebens gelangen.

Daß die Anwendung der Grundsätze der addictio in diem auf die Versteigerung eine verkehrte ist, habe ich bereits in meiner früheren Abhandlung darzuthun gesucht und Jhering thut ganz recht, wenn er diesen Standpunkt verläßt und von einem anderen Gesichtspunkte aus die Versteigerung juristisch zu construiren sucht. Allein hätte derselbe hierbei die thatsächlichen Verhältnisse so aufgefaßt, wie sie jener Ansicht zu Grunde liegen, so glaube ich, daß derselbe zu einem ganz richtigen Resultate gelangt sein würde. In der Abgabe eines Grbots würde derselbe dann nicht bloß eine einseitige, sondern eine bedingt einseitige emtio gefunden haben.

Wenn übrigens Jhering anzunehmen scheint, daß seine Ansicht von jeher die herrschende gewesen sei, so kann ich hierin nicht mit ihm übereinstimmen. Ich habe bereits oben auseinandergesetzt, wie nahe es zwar vom Standpunkte unserer

früheren Juristen uns gelegen hat, sich der Ihering'schen Ansicht anzuschließen. Trotzdem aber finden wir eine nicht geringe Anzahl Gegner derselben, ein hinlänglicher Beweis dafür, wie mächtig die Thatsachen des Verkehrslebens wirken mußten, daß sich dieselben selbst gegen römische Rechtssätze Anerkennung verschafften! So berichtet Schilter in Betreff der uns hier beschäftigenden Frage:

> qua in re dissentiunt doctores, neque in praxi constans obtinuit observantia. Qui negant quaestionem pro se allegant Baldum, qui affirmant Bartolum[5]).

Neuerdings übrigens ist die der Ihering'schen Ansicht entgegengesetzte Meinung zur fast ausschließlichen Geltung gelangt. So sagt z. B. Seuffert:

> at vero si usum hodiernum auctionis inspicimus, dicendum nobis est, non esse liberum proclamanti, licitatorem ullum rejicere, imo primam licitationem ipsa licitatione secundi prorsus evanescere, ita ut non possit proclamans omisso posteriore sequi priorem licitatorem invitum rem ei addicendo[6]).

Auch in dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Großherzogthum Hessen heißt es:

> der Meistbietende oder Wenigstnehmende ist an sein Angebot nicht mehr gebunden, sobald er überboten worden ist, es wäre denn das Gegentheil ausdrücklich in den Steigbedingungen festgesetzt werden[7]).

---

5) a. a. O. §. 49.

6) a. a. O. p. 11, vergl. auch die daselbst angeführte Stelle aus Philippi de subhast. und p. 17.

7) Vierte Abth. Buch I Tit. 2 Art. 83, bei Seuffert a. a. O. p. 10 not. 24 und die daselbst angeführten Schriftsteller. Außer-

Was nun das heutige Recht betrifft, so gelten die obigen Ausführungen ebenso gut für dasselbe wie für das römische Recht. Der einzige Unterschied ist nur der, daß nach heutigem Rechte in der Abgabe eines Gebots nicht die Eingehung einer bedingt einseitigen emtio, sondern der Abschluß eines bedingt zweiseitigen Kaufvertrages liegt. Hiermit gelangen wir zugleich zur zweiten Frage, ob der im Wege der Versteigerung eingegangene Vertrag schon durch die Abgabe eines Gebots oder erst durch den Zuschlag perfect wird.

Ich habe in meiner früheren Abhandlung das Erstere angenommen und zwar mit Rücksicht darauf, daß nach den Grundsätzen des heutigen Rechts, abweichend vom römischen, mit einer persona incerta contrahirt werden kann. Dieser Ansicht ist Jhering auf das Entschiedenste entgegengetreten, indem er zwar ein Contrahiren mit personae incertae im heutigen Rechte zuläßt, jedoch nur für ein specielles Rechtsinstitut, nämlich die Auslobung.

In Jhering hätte ich nun allerdings nicht vermuthet, einen Gegner meiner Ansicht zu finden, zumal derselbe sich bereits früher über die uns hier interessirende Frage folgendermaßen ausgesprochen hatte:

> Die Gestaltung des modernen Verkehrs hat uns aber mit Gewalt über diese Beschränktheit (nämlich das Erforderniß der persona certa bei Begründung von Obligationen) hinweggeholfen; die Statthaftigkeit der Stellung von Obligationen in personam incertam ist eine Thatsache des heutigen Lebens, der gegenüber die Festhaltung des römischen Standpunkts nur noch bei den rein römi-

dem siehe noch Beseler, Deutsch. Privatrecht Bd. 2 §. 315. Treitschke, Kaufvertrag S. 98. Puchta Pandecten §. 252 und Vorlegen zu §. 252. Vergl. auch Brunnemann, Comment. in leges Pand. p. 661.

schen Obligationsformen berechtigt ist. Einen Anwendungsfall dieser modernen Form des Contrahirens in personam incertam enthält nun die Auslobung [8]).

Meiner Ansicht nach steht Nichts im Wege, den Grundsatz, welchen Ihering in Betreff der Auslobung aufstellt, mutatis mutandis auf die Versteigerung zur Anwendung zu bringen: „Nach Absicht des Licitanten will er sich die Entscheidung darüber, ob und mit wem contrahirt werden soll, nicht weiter vorbehalten, sondern wer auch immerhin das höchste Gebot abgiebt, soll der Käufer sein, das Gebot selbst soll also als Acceptation gelten [9])". Ja, es fehlt nicht an Schriftstellern, welche gerade umgekehrt die Entstehung einer Obligation bei der Auslobung nicht annehmen, während sie die Perfectionsfrage bei einem im Wege der öffentlichen Versteigerung eingegangenen Vertrage mit mir übereinstimmend beantworten. So verweigert Savigny dem Finder oder Anzeiger bei der Auslobung eine Klage auf den Preis, indem er demselben nur die actio doli auf Erstattung der Kosten, welche er in Folge der Bekanntmachung aufgewendet hat, gewährt. In Betreff der Versteigerung dagegen bemerkt derselbe:

> Unter die Verträge mit unbestimmten Personen ist auch wohl, aber mit Unrecht, der sehr häufige und wichtige Fall der Versteigerung gezählt worden. Allerdings ist es für

8) in diesen Jahrbüchern Bd. 4 S. 94. Vergl. über diese Abweichung des heutigen Rechts vom römischen auch Beseler a. a. O. S. 278 ff. Ich bemerke dabei, daß Beseler gleichfalls die Versteigerung verschieden nach heutigem und nach römischem Rechte auffaßt, jedoch in der Weise, daß er nach ersterem die Annahme einer addictio in diem verwirft, während er dieselbe nach letzterem als zutreffend zuzulassen scheint.

9) a. a. O. S. 97.

diesen Fall streitig, mit welchem Zeitpunkt und durch welche Thatsache der Vertrag als abgeschlossen anzusehen ist. Aber wie man auch diesen Abschluß feststellen möge, so ist doch in jedem Fall zur Zeit dieses Abschlusses der Käufer eine bestimmte, bekannte Person. Alle Unbestimmtheit also, die in diesem Falle vorkommt, bezieht sich nur auf die Zeit der Vorbereitung zum Vertrag, nicht auf den Abschluß [10]).

Wenn man nun auch immerhin die von mir in meiner früheren Abhandlung aufgestellten Grundsätze über die Zulässigkeit des Contrahirens mit personae incertae nach heutigem Rechte als zu weit gehend angreifen wollte, so würde dies doch für den vorliegenden Fall ohne Bedeutung sein. Denn mit Hülfe der Savigny'schen Darstellung käme man immer zu der Ansicht, welche ich als das Resultat meiner frühern Untersuchung aufgestellt habe, daß der Vertrag durch Abgabe eines Gebots perfect wird.

Hierbei kann ich es nicht unterlassen, noch auf folgenden Punkt aufmerksam zu machen. Es ist richtig, daß öffentliche Ankündigungen von Waaren, Uebersendungen von Preiscouranten und dergl. nicht schon eine Offerte enthalten, welche nur der Acceptation von einer anderen Seite bedürfen, um zu einem rechtlich verbindlichen Vertrage zu führen, da hierauf die Absicht des Ankündigers gar nicht gerichtet und auch das Quantum der Waare ganz unbestimmt ist. Dasselbe kann auch bei Versteigerungen vorkommen. Denn wenn Jemand bekannt macht, daß er zu einer bestimmten Zeit eine Anzahl Mobilien, Bücher und dergl. öffentlich meistbietend verkaufen werde, so kann man eine solche Anzeige aus demselben Grunde nicht als eine Offerte, sondern nur als eine Proposition zur

10) Oblig.-Recht Bd. 2 S. 91.

Stellung von Offerten ansehen. Es würde somit dieser Fall zu denjenigen gehören, von welchen ich bereits in meiner früheren Abhandlung bemerkt habe, daß erst dann eine Verbindlichkeit entsteht, wenn in Folge der Ankündigung mit einem Kauflustigen der Vertrag wirklich abgeschlossen ist. Denn es ist wohl in's Auge zu fassen, daß die Bekanntmachung des Versteigerers nur dann sich als eine wirksame Offerte charakterisirt, wenn in derselben alle wesentlichen Momente des Geschäfts in völliger Bestimmtheit enthalten sind; ist dies aber der Fall und hat der Versteigerer zugleich ausdrücklich erklärt, daß er an denjenigen die ausgebotene Sache verkaufen werde, der bis zu einer bestimmten Zeit das beste Gebot abgiebt, so bedarf es nur der Acceptation dieser Offerte durch Abgabe eines Gebots, um den Vertrag sogleich perfect zu machen.

Mit dieser Ansicht stimmt auch Seuffert überein, obgleich derselbe mit Rücksicht auf den eigentlichen Zweck der Versteigerung dieselben Bedenken wie Ihering hegt. Derselbe sagt nämlich:

> Neque opinio eorum, qui dicunt auctione instituta et facta licitatione prorsus omnibus casibus obligationem et proclamantis et licitantis existere, sive conditionalem sive puram, quae vero sub conditione resolvatur, absolute mihi comprobari posse videtur. Nam in conventionibus contrahentium voluntatem esse imprimis respiciendam, res est plane expedita. Si vero de voluntate ejus quaeritur, qui auctionem instituit, statuendum nobis est, proclamatione publica eum efficere voluisse, ut quantum fieri possit, pinguiorem emtorem inveniret, non autem vendere rem quocunque pretio, quamvis prorsus iniquo. Itaque de hoc admodum mihi esse dubitandum videtur,

num facta licitatione proclamans omnino sit obligatus ad addicendam licitatori rem, si quis intra terminum auctioni praefixum meliores non attulerit conditiones. Tum sane ... consentio, quum proclamans expressis verbis ei, penes quem in termino auctioni praefixo licitatio remanserit, addictionem rei promisit seu absolute seu sub ea lege, si pretio oblato certa rei aestimatio fuerit superata vel adaequata [11]).

Ihering hat schließlich noch den Einwand erhoben, daß die Bekanntmachung des Versteigerers schon um deshalb keine verbindliche Offerte enthalten könne, weil es an einem pretium certum fehle, „eine Verkaufsofferte aber ohne ein pretium certum im Sinne des römischen Rechts keine Offerte sei ... denn um Offerte, d. h. ein Vertragsentwurf zu sein, müssen Waare und Preis so genau bestimmt sein, daß der Entwurf mit einem einfachen Ja angenommen werden könne.“ Dieser Ansicht Ihering's kann ich mich nicht anschließen. Denn es ist ein allbekannter, unbezweifelter Rechtssatz, daß beim Kauf die Festsetzung des Preises von einem noch ungewissen oder unbekannten Umstande abhängig gemacht werden kann, weil wie Ulpian richtig sagt:

nec incertum est pretium tam evidenti venditione, magis enim ignoratur, quanti emtus sit, quam in rei veritate incertum est [12]).

Ein jeder Kauf besteht aus Offerte und Acceptation oder vielmehr, da es ein zweiseitiger Vertrag ist, aus zwei Offerten und zwei Acceptationen. In allen obigen Fällen würde nun die Offerte nach Ihering's Ansicht kein pretium certum enthalten und dieselbe deshalb, möge immerhin eine Acceptation

---

11) a. a. O. p. 13 u. 14.

12) l. 7 §. 2 D. de contrah. emt. (18, 1).

erfolgen, dennoch nicht zu einem Kaufvertrage führen. Diese Ansicht scheint mir aber im Widerspruche zu stehen mit dem obigen Ausspruche Ulpian's. Was nun vom Kaufe im Allgemeinen gilt, das muß auch von der besonderen Art desselben, nämlich von dem im Wege der Versteigerung zum Abschluß gekommenen Kaufvertrage gelten. Bei der Versteigerung aber wird die Bestimmung des Kaufpreises von der Abgabe des Meistgebots abhängig gemacht; der Versteigerer will die feilgebotene Sache an einen der Kauflustigen um denjenigen Preis verkaufen, der im höchsten Gebote sich darstellen wird.

Ich hoffe, im Vorstehenden die Einwendungen, welche Jhering gegen meine Theorie von der Versteigerung erhoben hat, beseitigt zu haben. Hiermit kann ich jedoch meine Aufgabe nicht für erschöpft halten; es bleibt mir vielmehr noch, wie ich bereits oben angedeutet habe, zu untersuchen übrig, ob meine Konstruction dieses Instituts den Anforderungen des Verkehrs entspricht oder ob durch dieselbe Gefahren heraufbeschworen werden, wie sie Jhering beschreibt, ganz dazu geeignet, die Versteigerung alsbald aus dem Verkehrsleben vollständig verschwinden zu lassen.

Meine Darstellung wird im Nachfolgenden, im Anschlusse an meine theoretischen Untersuchungen, die Gefahren zu behandeln haben, welche einmal daraus entstehen sollen, daß das höhere Gebot die Wirksamkeit des früheren aufhebt, sowie daraus, daß der Vertrag schon durch die Abgabe eines Gebots und nicht erst durch den Zuschlag perfect wird. Dabei möge es mir jedoch gestattet ein, zunächst eine Bemerkung allgemeiner Natur voraufzuschicken.

Der Zweck jeder Versteigerung ist hauptsächlich der, durch eine möglichst große Concurrenz von Kauflustigen den höchsten Preis zu erzielen. Es ist nun bekannt, daß dieser Zweck fast ausnahmslos erreicht wird; namentlich pflegen sich in der Regel

eine genügende Anzahl zahlungsfähiger Kauflustige einzufinden, welche, wenn sie einmal ein Gebot abgegeben haben, auch wirklich für dasselbe die feilgebotene Waare zu kaufen beabsichtigen. Diese normalen Verhältnisse legt jedoch Ihering seiner Theorie nicht zu Grunde; bei ihm erscheinen im Auctionstermine nur zwei oder drei Kauflustige, welche sofort ein Komplott schmieden und mit Hülfe des Rechtssatzes, daß der Vertrag bereits durch Abgabe eines Gebots perfect wird, den unglücklichen Versteigerer zwingen, die Sache an einen von ihnen um einen Spottpreis zu verschleudern. Und erscheinen ja einmal in einem Auctionstermine mehrere Kauflustige, dann ergreift sie sofort ein wahres Auctionsfieber, so daß sie in's Blaue hinein, weit über den wahren Werth der Sache ihre Gebote abgeben. Nun sollte man meinen, daß dies dem Versteigerer nur zum Vortheil gereiche; allein eitler Wahn! Denn mit Hülfe einiger Groschen gewinnt man ein insolventes Subject aus der Klasse der **liberatores auctionales**, welches schnell ein höheres Gebot abgiebt. Die schönen Aussichten des Versteigerers sind nun dahin; der solvente Bieter ist frei und ihn treffen die Kosten eines neuen Auctionstermins.

Diese abnormen Verhältnisse habe ich allerdings in meiner früheren Abhandlung nicht als Probirstein für die practische Brauchbarkeit meiner Theorie benutzt; allein ich glaube nicht, daß dieser Umstand den mir von Ihering gemachten Vorwurf rechtfertigt, daß ich bei Aufstellung derselben lediglich einem rein doctrinären Gesichtspunkte gefolgt sei. Meine Theorie auf die Verhältnisse angewandt, wie dieselben im täglichen Leben bei der Versteigerung gewöhnlich vorkommen, wird nirgends eine Schwierigkeit darbieten; aber auch in den von Ihering beschriebenen Verhältnissen läßt dieselbe, wie ich gleich zeigen will, den Versteigerer nicht schutzlos.

Ich wende mich jetzt zuerst zur Betrachtung der Gefahren, welche daraus entstehen sollen, daß ein jeder Bieter durch das höhere Gebot eines anderen frei wird. Ein ganz solventer Mann hat in dem Versteigerungstermine ein annehmbares Gebot abgegeben, als plötzlich ein insolventer, sei es aus Chikane, sei es aus Zufall ein höheres schlägt, wodurch das erstere rechtlich seine Wirksamkeit verliert. Welches Mittel, fragt Ihering, hat der Versteigerer dagegen, da er die Leute vom Local nicht fern halten und ihnen den Mund nicht verschließen kann? Nun, ich meine, dieses Mittel ist ein sehr einfaches. Bei jeder Versteigerung können im Termine Bedingungen aufgestellt werden, unter denen dieselbe vor sich gehen soll und dies wird namentlich der Fall sein, wo es sich um Gegenstände von bedeutendem Werthe handelt. Unter diesen Bedingungen pflegte denn auch gewöhnlich die zu sein, daß Niemand zur Abgabe eines Gebots zugelassen werden soll, sobald er nicht im Stande ist, sofort eine annehmbare Caution zu bestellen. Wird aber kein Kauflustiger ohne eine solche Caution vom Versteigerer zugelassen, so ist derselbe damit gegen jede Gefahr geschützt. Denn sollte sich demnächst immerhin herausstellen, daß der Meistbietende den Kaufpreis nicht bezahlen könnte, so würde sich der Versteigerer wegen der Terminskosten und sonstiger Schäden aus der deponirten Caution befriedigen können. Versäumt aber der Versteigerer, diese Bedingung im Auctionstermine zu stellen, dann kann man nur sagen de se queri debet, keineswegs aber kann es die Aufgabe der Wissenschaft sein, ihm wegen seiner Nachlässigkeit Hülfe zu verschaffen.

Die Nothwendigkeit einer Kautionsbestellung ergiebt sich nicht bloß aus meiner Theorie; auch nach der Ihering'schen muß der Versteigerer eine solche fordern, wenn er ganz sicher gehen und namentlich nicht die Kosten eines neuen Termins tragen will. Denn nehmen wir einmal mit Ihering

an, daß das frühere Gebot durch das spätere seine Wirksamkeit nicht verliert, so müssen doch durch die demnächstige Ertheilung des Zuschlags an einen der Kauflustigen die Gebote aller übrigen hinfällig werden; wo aber liegt hier die Gewähr, daß der, dem der Zuschlag ertheilt ist, sich als ein solventer Mann ausweisen wird? In sehr vielen Fällen sind die Kauflustigen dem Versteigerer unbekannt, derselbe ertheilt einem von ihnen den Zuschlag in der Hoffnung, daß er ein zahlungsfähiger Mensch sein werde, und späterhin stellt sich gerade das Gegentheil heraus. Der erste Auctionstermin wäre vergeblich gewesen und den Versteigerer würden die Kosten eines neuen treffen. Der einzige Schutz liegt auch hier darin, daß derselbe an jeden Kauflustigen die Anforderung stellt, noch ehe er ein Gebot abgiebt, eine genügende Kaution zu bestellen. Diese Sicherheitsmaßregel pflegt denn auch überall bei den Versteigerungen beobachtet zu werden. Wir finden sie im alten Rom [13]) sowohl als im heutigen Verkehrsleben. Particularrechte enthalten hierüber sogar besondere Bestimmungen. So bestimmt für Preußen die Verordnung II. vom 4. März 1834 im §. 11:

> Personen, deren Zahlungsfähigkeit einer der Subhastationsinteressenten (§. 9 dieser Verordnung) nicht für genügend erachtet, werden nur dann zum Mitbieten zugelassen, wenn sie sofort eine Kaution zum Betrage des zehnten Theils der Taxe baar oder in inländischen öffentlichen Papieren nach dem Kourswerthe niederlegen [14]).

Ihering jedoch geht noch weiter und sieht unter dem Schutze meiner Theorie bereits im Geiste eine neue Klasse

13) Vergl. hierüber die Ausführungen von Gad in Gruchot's Beiträgen Bd. 3 S. 196.

14) Ges.-Samm. für die preußischen Staaten Jahrg. 1834 S. 39 folg. Vergl. die Bestimmungen der A.-G.-O. I, 52 §. 44.

von **liberatores auctionales** entstehen, die jeden, „der durch das Auctionsfieber zu sehr in's Bieten hineingerathen ist, für ein Paar Groschen sofort wieder aus der Verlegenheit ziehen."

Einer solchen Befürchtung glaube ich am besten entgegentreten zu können, wenn ich folgende Stelle aus dem **corpus juris** anführe:

> **Sed si emtor alium non idoneum subjecit eique fundus addictus est, non video, inquit, quemadmodum priori sit emtus, quum alia venditio et vera postea subsecuta sit; sed verum est, venditorem deceptum ex vendito actionem habere cum priore emtore, quanti sua intersit, id non esse factum; per quam actionem et fructus, quos prior emtor perceperit et quo deterior res culpa vel dolo malo ejus facta sit, recipiet venditor; et ita Labeoni et Nervae placuit** [15]).

Diesem Satze des Paulus gegenüber, der zwar eigentlich von der **additio in diem** handelt, jedoch ganz unbedenklich auch auf die Versteigerung angewendet werden kann, wird man ruhig abwarten können, ob die Ihering'schen **liberatores cautionales** jemals zur Existenz gelangen werden. Jedenfalls wird sich durch sie ein Bieter niemals mit einem Paar Groschen aus der Verlegenheit ziehen können, es wird ihn vielmehr jedesmal in der Schadensersatzklage des Versteigerers die gerechte Strafe seiner fraudulosen Handlungsweise treffen.

Uebrigens bleibt es dem Versteigerer auch unbenommen, in den Licitationsbedingungen festzusetzen, daß er sich unter einer bestimmten Anzahl von Bestbietenden die Auswahl vorbehalte. Auf diese Weise würde man mit meiner Theorie

---

15) l. 14 §. 1 de in diem (18. 2).

fast zu demselben Resultate gelangen wie Jhering, ohne dabei der logischen Consequenz der juristischen Construction irgend etwas zu vergeben.

Ich komme schließlich zum zweiten Punkte, zur Erörterung der Gefahren, welche dem Versteigerer in Folge des Rechtssatzes, daß der Vertrag bereits durch Abgabe eines Gebots perfect wird, drohen sollen.

Jhering führt uns hier als Beispiel namentlich die Bücherversteigerungen an, in welchen mit Hülfe des von mir gewonnenen Rechtssatzes der Versteigerer durch ein Komplott der in der Regel nur in geringer Zahl anwesenden Kauflustigen leicht gezwungen werden könnte, die Sachen für einen Spottpreis loszuschlagen. Ich mache hier noch einmal darauf aufmerksam, daß derartige Verhältnisse eine Ausnahme bilden, da im Ganzen und Großen der Zweck einer jeden Versteigerung, eine möglichst große Anzahl von Kauflustigen herbeizuziehen, fast stets erreicht zu werden pflegt. Kommen aber derartige Verhältnisse vor, wo die Regel zur Ausnahme wird, so kann der Versteigerer die von Jhering hervorgehobene Gefahr sehr leicht dadurch beseitigen, daß er in den Licitationsbedingungen bestimmte Preise festsetzt, unter welchen er die feilgebotenen Sachen nicht verkaufen werde. Außerdem aber liegt es in der Hand des Versteigerers, die Bekanntmachung der Auction in der Weise abzufassen, daß dieselbe keine Offerte, sondern nur eine Proposition zur Stellung von Offerten enthält, worüber ich das Nähere bereits oben angegeben habe. Schließlich würde man in solchen Fällen dem Versteigerer auch das Recht auf Rescission des Kaufs wegen übermäßiger Verletzung einräumen müssen [16].

---

16) Treitschke a. a. O. S. 261.

Nach diesen Ausführungen glaube ich, es der Beurtheilung überlassen zu können, ob die von mir in meiner früheren Abhandlung versuchte Construction der öffentlichen Versteigerung nur gleichsam ein theoretisches Spiel gewesen oder ob dieselbe wirklich von praktischer Brauchbarkeit für den Verkehr ist.

VIII.

Bemerkungen zu obiger Entgegnung.

Von

R. Jhering.

Indem ich an den Schlußsatz der vorstehenden Entgegnung anknüpfe, muß ich mir zunächst erlauben, die Alternative, welche der Verfasser hier stellt, etwas anders zu fassen. Man kann der Ueberzeugung sein, daß eine Ansicht für „den Verkehr von keiner praktischen Brauchbarkeit" sei, ohne sie darum für ein „theoretisches Spiel" zu erklären. Letzteres ist mir der Kindervater'schen Ansicht gegenüber so wenig in den Sinn gekommen, daß ich seinen Versuch, die Auction unter dem Gesichtspunkt einer Vertragsofferte an eine **persona incerta** aufzufassen, im Gegentheil für einen ganz verdienstlichen halte. Nicht zwar in dem Sinne, als ob ich diesen Gesichtspunkt für einen richtigen anerkenne — das kann ich jetzt so wenig, wie früher — aber die Wissenschaft gewinnt nicht bloß durch richtige, sondern auch durch unrichtige Ansichten, vorausgesetzt daß sie, wie im vorliegenden Falle, klar ausgesprochen und consequent durchgeführt werden. Darum nahm ich die Kindervater'sche Abh. seiner Zeit als dankenswerthen Beitrag für die Jahrbücher ganz bereitwillig auf, behielt mir nur damals wie auch dies Mal dem Verfasser gegenüber das Recht vor, meine

abweichende Ansicht auszusprechen und begründen zu dürfen. Wenn ich dabei mit meinem Urtheil über den praktischen Werth seiner Theorie gerade und offen hervorgetreten bin, so wird das hoffentlich keiner Entschuldigung oder Rechtfertigung bedürfen, und die vorstehende Entgegnung (s. insbesondere die launige Persiflage der Art, wie ich mir angeblich den Hergang bei einer Auction denken soll, auf S. 370) wird zeigen, daß ich das Recht des unverkümmerten Meinungsausdrucks meinen Gegnern nicht minder einräume, als ich selber es in Anspruch nehme.

Die Differenz, um welche es sich bei Kindervater und mir handelte, darf ich bei meinen Lesern als bekannt voraussetzen. Während er in der Auction eine Weise des Contrahirens in personam incertam erblickt nach Art der Auslobung, finde ich in ihr nur eine Aufforderung zum Contrahiren. Seine Ansicht schließt mit Nothwendigkeit zwei Consequenzen in sich:

1. Der Versteigerer ist verpflichtet, das höchste Gebot anzunehmen, denn er hat dem Meistbietenden die Sache im Voraus zugesichert,
2. ebendarum wird der Minderbietende durch das höhere Gebot frei.

Beide Sätze halte ich für irrig und habe aus dem Grunde die Kindervater'sche Construction des Verhältnisses selber für eine verfehlte erklärt, außerdem aber ihre theoretische Möglichkeit noch aus zwei Gründen bestritten, einmal weil es bei dem angeblichen Vertrage, den der Steigerer der persona incerta offerire, an dem pretium certum fehle, und sodann weil die Form des Contrahirens in personam incertam auf gewisse Verhältnisse, zu denen die Auction nicht gehöre, beschränkt sei. Hören wir, was Kindervater auf diese Einwendungen erwidert.

1. Der Mangel des pretium certum.

Hier soll ich mich entschieden geirrt haben. **Kindervater** verweist mich (S. 368) auf die Auctorität von **Ulpian** in l. 7 §. 1 de cont. empt. (18. 1). Allein er übersieht dabei den so höchst wesentlichen Unterschied zwischen **subjectiver** Unkenntniß und **objectiver** Ungewißheit, den Ulpian in jener Stelle deutlich genug betont. Der Preis, sagt **Ulpian**, „quanti tu eum emisti, quanti in arca habeo", ist ein certum, d. h. **objectiv** bestimmt, obschon er **subjectiv** unbekannt sein kann („magis ignoratur, quanti emptus sit, quam in rei veritate incertum est"). Daraus geht zur Evidenz hervor, daß ein Preis, dessen Bestimmung erst von der Zukunft abhängt — und das ist ja der Fall bei dem auf der Auction erst zu erzielenden **höchsten** Gebot — im Sinne der Römer ein incertum sein, folglich eine vorherige Gebundenheit des Verkäufers ausschließen würde. Es ist ganz derselbe Gegensatz, wie bei den Bedingungen. Die conditio in praesens vel in praeteritum collata ist keine wahre Bedingung, obschon die Parteien über ihren Eintritt in Unwissenheit sein mögen; nur die Zukunft birgt ein objectives incertum in ihrem Schoß [1]). Ein Kauf, bei dem der Käufer erst durch sein Gebot den Kaufpreis bestimmen soll, würde von keinem römischen Juristen als Kaufcontract, sondern als eine bloße Aufforderung zum Bieten betrachtet worden sein. Gilt etwa heutzutage in dieser Beziehung etwas Anderes? Ich wüßte auch nicht den leisesten Schein eines Grundes dafür anzugeben. Angenommen also selbst, das Erforderniß der persona certa beim Kauf sei heutigen

---

1) l. 37—39 de R. Cr. (12. 1), l. 120 de V. O. (45. 1) . . etsi contrahentes rei veritatem ignorent.

Tags beseitigt, so würde der Mangel eines **pretium certum** der Kindervater'schen Theorie ein unübersteigliches Hinderniß in den Weg stellen. Die Zulassung der Obligationsformen **in personam incertam** in unserem heutigen Recht hat an dem Erforderniß der Bestimmtheit des Objects nichts geändert. Eine Auslobung, bei welcher der Person, die durch sie zu einer Leistung veranlaßt werden soll, die willkürliche Bestimmung der Belohnung überlassen wäre, würde auch heutzutage als völlig unbestimmte Zusicherung ohne alle verpflichtende Kraft sein.

2. Das mangelnde Requisit der **persona certa.**

Kindervater hat (S. 364) seine Verwunderung darüber ausgedrückt, diesen Einwand aus meinem Munde zu vernehmen, indem er sich auf einen Satz aus einer früheren Abhandlung von mir (Jahrbb. IV Nr. 1 S. 94) bezieht, in der ich mich über die „uns hier interessirende Frage" in seinem Sinne ausgesprochen habe. Ich glaube, daß es mehr an mir ist, meine Verwunderung darüber zu äußern, mich in dieser Weise gegen mich selbst in die Schranken gerufen zu sehen, während ich doch in dem in Bezug genommenen Satz mit dürren Worten erklärt hatte, daß das obige Erforderniß zwar bei den Instituten des modernen Verkehrs aufgegeben sei, dagegen bei den „reinen römischen Obligationsformen" nach wie vor Platz greife. Ich weiß nicht, ob ich es dabei an der nöthigen Deutlichkeit habe fehlen lassen, jedenfalls will ich, wenn dies geschehen sein sollte, den Fehler jetzt nachholen. Ich bin also der Ansicht, daß zwar bei modernen Instituten, wie z. B. der Auslobung[2]), den In-

2) Obschon die Auslobung als thatsächliches Verhältniß den Römern bekannt war, so gehört doch ihre Anerkennung als Rechtsbegriff unserem heutigen Recht an.

haberpapieren, dem Wechselindossament, den Handfesten u. a., eine Ableistung des Versprechens oder Ausstellung der Urkunde in personam incertam möglich ist, daß dagegen bei den römischen Obligationen: dem Kaufcontract, Miethcontract, der Societät, dem Mandat, der Bürgschaft u. s. w. das römische Requisit der persona certa auch heutzutage festzuhalten ist. Ich verneine, daß man heutzutage durch öffentliche Bekanntmachung nach Art der Auslobung sich ex vendito, locato, mandato u. s. w. verpflichten könne. Möge also immerhin Jemand in einem öffentlichen Blatt erklären: er verpflichte sich, die Sache dem, der sie wolle, für 10 Fl. zu verkaufen, oder für 60 Fl. bei ihm in Dienst zu treten; in meinen Augen hat diese Ankündigung, da sie nicht unter den Begriff der Auslobung fällt, heutzutage keine andere Bedeutung, als zur Zeit der römischen Juristen, d. h. die einer bloßen Aufforderung zum Contrahiren. Die Grundsätze des römischen Rechts bleiben so lange bindend für uns, als nicht eine Aufhebung derselben durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht nachgewiesen werden kann. Daraus, daß der obige Grundsatz bei unsern modernen Verhältnissen nicht angenommen ist, folgt keineswegs, daß derselbe bei denen des römischen Rechts aufgegeben worden sei, sonst müßten auch anderwärts die eigenthümlichen Grundsätze, die bei rein deutschrechtlichen Instituten (z. B. den Reallasten) gelten, ohne Weiteres auf die römisch-rechtlichen (z. B. die Servituten) Anwendung finden.

Wenn also Kindervater (S. 365) meint, es stände Nichts im Wege, einen Satz, den ich für die Auslobung aufgestellt, auch auf die Auction zu übertragen, so übersieht er dabei, daß das, was an sich möglich wäre, noch nicht wirklich ist. In gewissen Verhältnissen erzeugt ein Vertrag zu Gunsten Dritter für letztere ein Klagrecht; folgt daraus,

daß er es stets thut? Möglich, daß unsere moderne Rechtsentwickelung jene Form des modernen Contrahirens noch weiter ausdehnt oder zu einer allgemeinen erhebt, bis jetzt ist aber dieser Schritt meines Wissens noch nicht geschehen. Wenn Kindervater (S. 365) die Auctorität Savigny's dafür anruft, so bedauere ich ihm gestehen zu müssen, daß ich in dem Citat aus Savigny ebenso wie in dem meinigen nur das Gegentheil von dem gesagt finden kann, was er darin erblickt.

Ich kann also nur damit schließen, daß mein Gegner den Beweis, daß die Form des Contrahirens in **personam incertam** eine allgemeine des heutigen Rechts geworden, schuldig geblieben ist.

Aber angenommen, sie wäre es, und das Bedenken rücksichtlich des **pretium certum** wäre ebenfalls beseitigt, so frage ich: entspricht es den thatsächlichen Verhältnissen der Auction, ihrem Zweck und der Absicht der Versteigerer, den Willen, sich **in personam incertam** zu verpflichten, als **naturale negotii** anzunehmen, d. h. überall da, wo sie sich nicht ausdrücklich dagegen verwahrt haben, bei ihnen zu supponiren?

3. Die Supposition des Verpflichtungswillens widerstreitet den Grundsätzen der Interpretation.

Mein Gegner wird darin mit mir einverstanden sein, daß der Versteigerer bei Ankündigung der Auction den obigen Willen nicht zu haben braucht, daß vielmehr seine Absicht lediglich dahin gehen kann, Gebote entgegenzunehmen, ohne sich im Voraus zur Annahme des höchsten zu verpflichten. Wenn es nun zweifelhaft ist, welche von beiden Willensbestimmungen im einzelnen Fall vorliegt, z. B. weil die Ankündigung der Auction als Versteigerung an den „Meistbietenden“ gefaßt ist,

für welche werden wir uns erklären? Nach allgemeinen Interpretationsgrundsätzen meines Erachtens nur für die letztere. Nach l. 67 de R, J. (50. 11) soll diejenige Deutung gewählt werden: quae rei gerendae aptior est. Daß dies die letztere ist, darüber glaube ich nach meinen früheren und nach den unten folgenden Ausführungen an dieser Stelle kein Wort weiter hinzusetzen zu sollen.

4. Diese Supposition widerstreitet der thatsächlichen Gestalt des Instituts im Leben.

Um sich zu überzeugen, daß der Versteigerer sich nicht gebunden hält, das höchste Gebot anzunehmen, braucht man nur die erste beste Auction zu besuchen, es kömmt kaum eine Mobiliarauction vor, bei der nicht einzelne Objecte zurückgenommen würden, weil das dem Auctionator gesetzte Limitum nicht erreicht worden ist. Dieser Preisansatz bildet aber, wohl gemerkt, keinen Punkt der Auctionsbedingungen, so daß man etwa sagen könnte: die Verpflichtung des Versteigerers falle hier lediglich aus dem Grunde hinweg, weil er sie an jene Bedingung geknüpft habe, sondern der Ansatz wird lediglich dem Auctionator zu seiner Instruction mitgetheilt und braucht dem Publikum weder vorher, noch nachher kundgegeben zu werden. Der Versteigerer oder an seiner Statt der Auctionator weist das Gebot einfach zurück, weil es ihm nicht gefällt. Nie habe ich erlebt, der ich selbst in früheren Jahren Bücherauctionen genug mitgemacht habe, daß ein solches Zurückziehen des ausgebotenen Gegenstandes vom Publikum beanstandet worden wäre. Nur zwei Fälle sind mir aus Seuffert's Archiv VIII Nr. 38 bekannt geworden, wo bei einer Zwangsversteigerung der Licitant, der das höchste Gebot gethan hatte, und dem der Zuschlag verweigert ward, dagegen sein ver-

meintliches Recht auf Ertheilung des Zuschlages im Wege der Klage verfolgte, damit aber abgewiesen ward.

Zum Ueberfluß habe ich bei den Auctionatoren meines Vaterlandes Ostfriesland über diese wie über einige andere Fragen Erkundigungen eingezogen[3]), und die übereinstimmende Erklärung derselben geht dahin, daß dieser Punkt außer allem Zweifel sei, und ebenso äußern sich auch theoretische Stimmen, z. B. Sintenis, Das gemeine prakt. Civilrecht II. §. 96 Note 22: „eine Annahme, von der mir unbekannt ist, ob sie schon wirklich behauptet worden . . . es wird ja auch nirgends bezweifelt, daß ein Versteigerungsverfahren bis zum Zuschlag jeder Zeit sistirt und aufgehoben werden kann".

5. Die Annahme einer solchen Verpflichtung widerstreitet auch dem römischen Recht.

Ich beziehe mich dafür auf die von Kindervater in seiner Abhandlung (S. 4 Note 6) selber citirte l. 2 Cod. si in causa jud. (8. 23). Hier wird die Möglichkeit, daß das Gericht bei der Versteigerung das pignus in causa judicati captum „existente quidem emptore, sed non dignum pretium offerente" die Sache zurückziehe, also den Zuschlag verweigere, ausdrücklich anerkannt.

6. Die Statuirung einer solchen Verpflichtung würde mit den größten Gefahren verbunden sein.

Ich beziehe mich dafür auf S. 167 und 168. Ob es meinem Gegner gelungen ist, diese Gefahren (S. 370) hin-

3) Ich habe die eingelaufenen Antworten meinem Gegner selber mitgetheilt. Ich benutze diese Gelegenheit, um jenen Herren für die Bereitwilligkeit, mit der sie meiner Bitte entsprochen haben, hier meinen öffentlichen Dank auszudrücken.

wegzuspotten, darüber erwarte ich getrost das Urtheil einsichtiger Leser. Die von mir befragten oben genannten Sachkundigen sind ganz auf meine Seite getreten, sie erklären einen solchen Satz für das praktische Leben geradezu für unmöglich. Wenn Kindervater a. a. St. meint, ein solches Complott, wie ich im Auge hatte, sei bei „normalen Verhältnissen" nicht möglich, man müsse Auctionen annehmen, die nur von 2—3 Kauflustigen besucht seien, so muß ich ihm darin auf's Entschiedenste widersprechen. Eine Auction kann von noch so Vielen besucht sein, ohne daß dadurch allein jene Gefahr ausgeschlossen wäre. Für gewisse Gegenstände ist die Zahl der Kenner und Kauflustigen erfahrungsmäßig oft eine sehr kleine. Wenn sie sich vereinigen, sich nicht gegenseitig aufzubieten, sondern die Sache in Gemeinschaft zu erstehen, um sie hinterher unter sich wieder zu versteigern und den Ueberschuß zu theilen — eine Art des Complotts, die mir aus Erfahrung bekannt ist — oder wenn der Eine von ihnen die allein in Betracht kommenden Concurrenten abkauft, was nützt es dann dem Versteigerer, daß noch 50—100 Personen im Lokal anwesend sind, die an der Versteigerung dieser Sache keinen Antheil nehmen, weil sie ihren Werth nicht kennen oder sie nicht gebrauchen können? Er muß die Geige, die einen Werth von 500 Fl. hat, nach der Kindervater'schen Theorie zum höchsten Gebot von 50 Fl. losschlagen, während er sie nach der im Leben wirklich geltenden Theorie einfach zurücknehmen kann. Da ich nicht verlangen kann, daß mein Gegner meine persönliche Erfahrung als maßgebend anerkenne, so verweise ich ihn auf folgende Zeugnisse:

v. Nettelbladt, Rechtssprüche des O.-A.-G. zu Parchim. Bd. 2 (1824) S. 159:

„Fälle dieser Art (d. h. Verträge über das Nichtaufbieten) sind bei dem häufigen gerichtlichen Verkauf von

Landgütern in Concursen und bei eintretendem Interesse von Minderjährigen oft vorgekommen, wenngleich nicht immer der richterlichen Entscheidung unterstellt".

Spangenberg in der Zeitschr. für Civilr. und Pr. V. S. 147:

„Bei öffentlichen Versteigerungen ereignet es sich nicht selten" u. s. w. (wo zugleich Zeugnisse aus der früheren Literatur citirt sind).

Seuffert's Archiv V. Nr. 16 (wo ebenfalls andere Citate in Bezug genommen werden).

Preuß. Strafgesetzbuch §. 270:

„Wer Andere vom Mitbieten oder Weiterbieten bei den von öffentlichen Behörden oder Beamten vorgenommenen Versteigerungen ...., durch Gewalt oder Drohung, oder durch Zusicherung oder Gewährung eines Vortheils abhält, wird mit Geldbuße bis zu dreihundert Thalern oder mit Gefängniß bis zu sechs Monaten bestraft."

Wenn nun solche Fälle bereits heutzutage gar nicht zu den Seltenheiten gehören, wie kann Kindervater glauben, daß sie ausbleiben würden, wenn seine Theorie in's Leben treten sollte, welche einerseits die Prämie auf derartige Machinationen bedeutend erhöht und andererseits das einzige Schutzmittel dagegen: die Zurücknahme der Sache beseitigt? Ob er den Versteigerer auf eine actio doli gegen die Complottanten verweisen will? Ganz abgesehen aber von den Bedenken, die man gegen ihre rechtliche Zulässigkeit erhoben hat[4]), so würde ihr Erfolg durch den Beweis der getroffenen Uebereinkunft bedingt sein, bekanntlich läßt sich aber nicht Alles beweisen, was wirklich geschehen ist.

---

4) S. die citirte Abhandlung von Spangenberg.

Kindervater hat zwei Mittel in Bereitschaft, durch welche der Versteigerer sich jener Gefahr sehr leicht entziehen könne. Das erste ist, daß er in solchen Ausnahmsfällen sein Preisminimum in den Auctionsbedingungen vorher bekannt mache. Da der Versteigerer aber schwerlich immer im Voraus zu beurtheilen im Stande sein dürfte, ob ein solcher Ausnahmsfall zu erwarten stehe, so würde es ihm sehr zu rathen sein, dies Mittel ständig zur Anwendung zu bringen. Gegen die Wirksamkeit des Mittels finde ich nun Nichts zu erinnern, wohl aber gegen die Nothwendigkeit. Die Rechtssätze, die wir dem Leben bieten, sollen von vornherein so eingerichtet sein, daß sie dem Bedürfniß desselben entsprechen, nicht aber so, daß sie die Parteien nöthigen, sie durch besondere Vereinbarung auszuschließen, und diejenigen Normen aufzustellen, die mit dem Zweck des Geschäfts sich vertragen[5]). Der Rath, den mein Gegner hier giebt, kömmt auf nichts Anderes hinaus, als auf die Zumuthung, daß das Leben seiner Construction zu Liebe die nöthigen Mittel und Wege einschlagen möge, — — um ihr zu entrinnen.

Ganz dasselbe gilt von seinem zweiten Mittel: Der Versteigerer solle „die Bekanntmachung der Auction in der Weise abfassen, daß dieselbe keine Offerte, sondern nur eine Proposition zur Stellung von Offerten enthalte". Auch dies heißt nichts Anderes, als: er soll sich gegen die Kindervater'sche Theorie ausdrücklich verwahren, und nach dem oben Gesagten würde es in meinen Augen nicht im Geringsten zweifelhaft

5) Ich verweise auf die beachtenswerthe Aeußerung von Justinian in l. 28 Cod. de fidej. (8. 41): Si enim pactis conventis hoc fieri conceditur et in usu quotidiano semper hoc versari adspicimus, quare non ipsa legis auctoritate hoc permittatur, ut nec simplicitas suscipientium contractus ex quacunque causa possit jus creditoris mutilare? Ein anderes Beispiel s. in l. ult. Cod. de novat. (8. 42.)

sein, daß solche Verwahrungen da, wo jene Theorie zur Geltung gelangen sollte, den ersten Paragraphen aller Cautionsbedingungen bilden würden. Mit demselben Recht könnte Jemand für die Aufhebung der gesetzlichen Folgen der Mora in der Weise plädiren, daß es ja den Contrahenten unbenommen sei, diese Folgen im einzelnen Fall durch Vertrag festzusetzen. Das s. g. dispositive Recht soll so eingerichtet sein, daß es den Interessen und dem muthmaßlichen Willen der Parteien entspricht, es soll die specielle Vereinbarung der Parteien überflüssig, nicht aber, wie hier, sie nothwendig machen.

So viel über den Satz, daß der Versteigerer an das höchste Gebot gebunden sei. Eine Construction der Auction, die diesen Satz zu ihrer nothwendigen Voraussetzung hat, ist unhaltbar, weil der Satz selber es ist, sie verstößt gegen das oberste Gesetz einer jeden Construction, „**non ut ex regula jus sumatur, sed ut ex jure, quod est, regula fiat**“ (**l. 1 de R. J. 50. 17**).

Hebt das höhere Gebot das niedrigere auf?

1. Die Kindervater'sche Construction der Auction schließt mit Nothwendigkeit die Bejahung dieser Frage in sich, die meinige läßt ebensowohl die Verneinung als die Bejahung derselben zu. Wer die Frage bejaht, muß sich das Verhältniß in der Weise zurechtlegen: Die Aufforderung zum Bieten und das Gebot selber schließen die Bedingung in sich: wenn innerhalb der bestimmten Zeit (des Termins oder der vorbehaltenen Zuschlagsfrist) kein besseres Gebot erfolge. Daß die Verneinung der Frage juristisch möglich ist, habe ich

früher (S. 170) ausgeführt und Kindervater hat dies zugestanden (S. 357).

2. Beide Ansichten sind seit Alters her vertreten. Kindervater hat Recht, wenn er behauptet, daß heutzutage die bejahende Ansicht das Uebergewicht gewonnen hat, und ich selbst habe bereits früher (S. 171) eingeräumt, daß diese Ansicht auch im Leben allgemein verbreitet ist, zugleich aber auch zu erklären versucht, wie sie sich bilden konnte.

Da gemeinrechtlich jeder positive Anhaltspunkt zur Beantwortung der Frage fehlt[6]), so bleibt Nichts übrig, als auf die Intention der Parteien oder, da wir darüber keine statistischen Ermittelungen anstellen können, auf das, was der Zweck und das Interesse des Geschäfts mit sich bringen, zurückzugehen.

3. Das praktische Interesse der Frage besteht in dem von mir bereits früher hervorgehobenen Gesichtspunkte, den auch der bayerische Entwurf geltend macht, daß nämlich, wenn schlechthin das spätere Gebot das frühere aufheben soll, ein Insolventer es in seiner Hand hat, durch ein höheres Gebot den Versteigerer um ein annehmbares früheres zu bringen.

4. Kindervater hat gegen diese Gefahr ein „sehr

6) Die neuen Gesetzbücher variiren. Zu dem von Kindervater S. 363 angeführten großh. hessischen Gesetzbuchsentwurf gesellt sich noch der königl. sächsische in §. 844 (dessen Motivirung — Motive S. 766 — jedoch mehr eine doctrinäre, als legislative ist, s. u.), während der bayerische Th. II §. 16 bestimmt: Der Bietende ist an sein Angebot nicht mehr gebunden, sobald ein weiteres Gebot gemacht und nicht zurückgewiesen wurde, es wäre denn das Gegentheil ausdrücklich in den Versteigerungsbedingungen festgesetzt". In den Motiven heißt es: „Doch muß es dem Versteigerer freistehen, den Mehrbietenden sofort zurückzuweisen und das frühere niedere Gebot anzunehmen, weil Jemand bieten kann, welcher zu Rechtsgeschäften unfähig oder eine nicht annehmbare Person ist.

einfaches Mittel" in Bereitschaft (S. 371): Der Versteigerer soll von Allen, die bieten wollen, sich eine Caution bestellen lassen, bei einem Insolventen könne er sich dann aus der „deponirten Caution" befriedigen. Die Einfachheit dieses Mittels möchte ich ebensosehr bezweifeln, als daß „diese Sicherheitsmaßregel auch überall bei den Versteigerungen beobachtet zu werden pflege" (S. 372). Bei denen, die ich selber mitgemacht, habe ich sie nie gefunden, und ich möchte noch eine Bücher- oder Mobilien-Auction erleben, wo Niemandem der Eingang in den Auctionssaal verstattet wird, als wenn er beim Eintritt eine Caution bestellt! Und wenn der Versteigerer diese praktisch geradezu unmögliche Vorsichtsmaßregel versäumt, soll man ihm mit Kindervater zurufen: „de se queri debet, keineswegs aber ist es die Aufgabe der Wissenschaft, ihm wegen seiner Nachlässigkeit Hülfe zu schaffen"? Hat denn die Wissenschaft das Recht, lediglich, um mit ihren „Constructionen" durchzukommen, etwas Unmögliches zu begehren?

Ich muß mir hier dasselbe erlauben, was mein Gegner mir gegenüber gethan hat: ihn zu „den normalen Verhältnissen" zurückrufen. Bei normalen Verhältnissen dringen aber sowohl Gerechte wie Ungerechte in den Auctionssaal — mit dieser Thatsache muß man operiren. Die Möglichkeit, daß ein Insolventer bietet, bleibt also bestehen.

5. Damit bleibt aber auch die Möglichkeit der von mir hervorgehobenen Machination bestehen, daß ein Käufer, den sein Gebot reut, — ein Fall, der ja bekanntlich im Leben gar nicht selten vorkömmt, und der ja allein der Frage: ob er an sein Gebot gebunden sei, ein Interesse und einen Sinn verschafft — einen Insolventen zum Bieten bestimmt. Die Gefahr soll freilich nur in den „abnormen Verhältnissen" gelegen sein, die ich für meine Ansicht ersonnen habe, allein das Citat von Perez und Schilter (S. 172 Note 2) zeigt,

daß mir die Originalität dieses Gedankens nicht gebührt, und der von Kindervater (S. 373) gegen mich aufgerufene Ulpian hat bei der **addictio in diem** für nöthig befunden, sich ebenfalls mit derselben Gefahr der **subjecta persona** zu befassen. Das Mittel, das die Stelle von Ulpian bieten soll, wäre ein ganz gutes — — — wenn sich nur Alles, was geschehen ist, auch beweisen ließe! Bevor mir nicht mitgetheilt wird, wie der Versteigerer die Worte, die der reumüthige Steigerer seinem insolventen Nachbar in's Ohr zuflüstert, ermitteln und beweisen soll, kann ich zu der Wirksamkeit dieses Mittels nur ein sehr geringes Vertrauen haben und werde jedenfalls in seinem Interesse einen Rechtssatz vorziehen, der ihm den Proceß und den Beweis erspart.

6. „Es bleibt dem Versteigerer auch unbenommen, in den Licitationsbedingungen festzusetzen, daß er sich unter einer bestimmten Anzahl von Bestbietenden die Auswahl vorbehalte" (S. 373). Gewiß! aber warum dies nicht zum **naturale negotii** machen? Wird denn „der logischen Consequenz der juristischen Construction" (S. 374) dadurch das Geringste vergeben? Ich wüßte in aller Welt nicht, was die Logik dagegen einwenden sollte, daß mir 10 Personen aus einer einseitigen **emtio** oder einem **pactum de contrahendo** haften, und mein Gegner hat ja selber (S. 358) dies eingeräumt. Zum **naturale negotii** muß das erhoben werden, was dem Interesse des Verhältnisses am meisten entspricht (Note 5), ich frage aber: bei welchem von beiden Rechtssätzen werden die Parteien von dem ihnen vorbehaltenen Recht der Abänderung in den Licitationsbedingungen mehr Gebrauch machen, bei dem des bayerischen oder des hessischen und sächsischen Gesetzbuchs? Ich wüßte nicht, was dort eine solche Abänderung motiviren sollte, hier aber liegt der Grund dazu auf der Hand. Die Paragraphen eines Gesetzbuchs über die Auction sollen nur

die Wiedergabe der gewöhnlichen, regelmäßigen Licitationsbedingungen sein; jeder andere Gesichtspunkt, durch den sie sich leiten lassen, der ist in meinen Augen ein verkehrter. Dahin zähle ich namentlich den Gesichtspunkt, den die Motive zum sächsischen Entwurf hinzufügen: die Versteigerung sei als Form eines Vertrages, nicht als Offerte zu betrachten. Das ist ein rein doctrinärer Gesichtspunkt, mit dem der Gesetzgeber nicht zu operiren hat. Er soll praktische Rechtssätze aufstellen und es der Wissenschaft überlassen, sie juristisch zu construiren[7]).

Ich will schließlich noch das Resultat der von mir über die letztbehandelte Frage bei den oben genannten Sachverständigen eingezogenen Erkundigungen mittheilen.

Der eine derselben bejaht die Frage: ob der Versteigerer zu dem Vorbietenden zurückgreifen dürfe, zwar im Princip, fügt jedoch hinzu, daß er selten oder nie von diesem Rechte Gebrauch mache, indem er den Grundsatz nicht in der Billigkeit begründet finde, es sei denn, daß eine darauf bezügliche Klausel ausdrücklich in die Bedingungen aufgenommen sei.

Ein Anderer erwidert mir Folgendes: „Beim Verkauf von Mobilien ertheilt in der Regel der Ausrufer dem letzten oder höchsten Bieter sofort den Zuschlag, insofern er solvent ist oder Sicherheit beschaffen kann, im entgegengesetzten Fall kann auf den Vorbieter zurückgegriffen werden, da jeder Bieter bis zum wirklichen Wegschlag des Verkaufs-Objects an sein Gebot gebunden ist. Will ein Versteigerer den Zuschlag nicht unmittelbar vom Ausrufer geben lassen, so muß er dies vor dem Verkauf bemerken lassen. Bei dem Verkauf oder der Verpachtung von Immobilien enthalten die Conditionen in der Regel den Passus: daß jeder Bieter an sein

---

7) S. meinen Geist des R. R. II. S. 399.

Gebot gebunden bleibt, bis der Zuschlag ertheilt oder verweigert worden oder bis ein Höherbietender als Käufer oder Pächter angenommen worden — und wird für den Versteigerer stets nach seiner eigenen Bestimmung eine Ratificationsfrist reservirt, deren Dauer je nach Natur des Geschäfts sowohl eine halbe Stunde als auch 14 Tage betragen kann. Ich glaube, daß wir Auctionatoren in Ostfriesland mehr oder weniger in dieser Beziehung, wenn auch in der Form etwas abweichend, doch der Sache nach alle in gleicher Weise verfahren".

Dies Letztere wird von vier seiner Collegen bestritten. Sie machen die Befugniß, auf den Vorbieter zurückzugreifen, von dem ausdrücklichen Vorbehalt in den Bedingungen abhängig — der jedoch, wie einer von ihnen bemerkt, bei dem Verkauf und der Verpachtung von Immobilien stets hinzugefügt werde. Bei Mobilien würde, wenn dem Höchstbietenden der Zuschlag verweigert sei, und der Vorbieter sein Gebot nicht stehen lassen wolle, mit der Versteigerung von Neuem begonnen. Eben aus dem Umstande, daß bei Immobilien eine Klausel über die Haftung der Vorbieter ausdrücklich hinzugefügt werde, folgern sie, daß dieselbe nöthig sei, jene Haftung sich nicht also von selber verstehe.

Die Meinungsverschiedenheit in der Theorie wiederholt sich also auch in der Praxis. Dem letztern Argument kann ich zwar kein entscheidendes Gewicht beilegen — denn wie Manches wird in den Verträgen ausdrücklich wiederholt, was sich schon von selbst versteht — allein ich respectire die Thatsache, daß Männer, deren Beruf in der Abhaltung von Auctionen besteht, über die von mir behauptete Haftung des Vorbieters getheilter Ansicht sind. Daß sie bei der Versteigerung und der Verpachtung von Immobilien stets eine darauf bezügliche Klausel hinzufügen, zeigt, welchen Werth sie hier auf diese Haftung legen; daß sie es bei der Versteigerung von

Mobilien regelmäßig nicht thun, zeigt, daß die praktischen Inconvenienzen der mangelnden Haftung bei dieser Art von Sachen nicht so gewichtig sind, um sie zu einem gleichen Verfahren zu bestimmen. Daß bei Mobiliarversteigerungen das Gebot eines Insolventen sie in die Lage versetzen kann, die Versteigerung des betreffenden Objects von Neuem beginnen zu müssen, räumen sie ein.

Dies mag nun in der Regel nicht viel auf sich haben, allein es ist doch ein eignes Ding, daß das bloße Bieten von Leuten, welche voraus wissen, daß sie wegen notorischer Insolvenz den Zuschlag nicht erhalten werden, die Gebote der solventen Bieter entkräften soll. Dies kann sich ja in einer und derselben Auction, ja bei einem und demselben Object mehrmals wiederholen. Vom Standpunkt des Rechts aus liegt die Sache einfach so: wer ein Gebot thut, ohne dasselbe durch die Resolutivbedingung: wenn nicht ein Anderer ein besseres Gebot thue, zu beschränken, hat dasselbe unbedingt abgegeben. Wenn man geltend macht: in keinem Gesetz stehe geschrieben, daß er auch nach erfolgtem höheren Gebot noch haften solle, so antworte ich: wo steht denn geschrieben, daß wir seinem Gebot eine Resolutivbedingung hinzufügen dürfen? Natürlich haftet er, wenn nicht das Gegentheil bestimmt, nicht länger an sein Gebot, als der Versteigerer Zeit hat, seine Erklärung darauf abzugeben. Wenn der letzteren aber ein um eine Sekunde später erfolgendes höheres Gebot zuvorkömmt, warum sollte der Versteigerer nicht erklären dürfen: dies letztere kümmert mich nicht, ein Dritter kann mir das Recht, das ich aus jenem Gebot einmal erhalten, nicht entziehen? Daß die Billigkeit dagegen stritte, kann ich nicht zugeben, denn dem Bieter, der beim Wort genommen wird, geschieht ja nur, was er selber wünschte und beabsichtigte. Ist man einmal

darüber einverstanden: das Gebot ist bindend, d. h. es ist ein pactum de contrahendo oder eine einseitige emtio, so bedarf es nicht des Beweises, daß der Bietende während der zur Erklärung des Versteigerns genügenden Zeit trotz des von einem Anderen sofort geschlagenen höheren Gebots daran haften, sondern daß er nicht mehr daran hafte, m. a. W. daß er sein Gebot nur unter einer Resolutivbedingung gethan habe.

